



Guía práctica de la Ley
30/2007, de 30 de octubre,
de Contratos del Sector Público

URÍA MENÉNDEZ

Obra realizada, bajo la coordinación de David
Blanquer Criado, por el equipo de Derecho Público de URÍA MENÉNDEZ

ADVERTENCIA

La presente obra tiene una finalidad exclusivamente divulgativa en relación con determinados aspectos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En consecuencia, la información y comentarios que aquí se reflejan son de carácter general y no constituyen asesoramiento jurídico de ningún tipo.

La obra está actualizada a 9 de noviembre de 2007 y Uría Menéndez no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

DATOS DE CONTACTO (DERECHO PÚBLICO)

URÍA MENÉNDEZ - MADRID

Príncipe de Vergara, 187
28002 Madrid

Jesús Remón Peñalver

T: +34 91 586 03 71

F: + 34 91 586 07 42

jrp@uria.com

José Miguel Fatás Monforte

T: + 34 91 586 03 37

F: + 34 91 586 07 42

jfm@uria.com

Javier García Sanz

T: + 34 91 586 06 92

F: + 34 91 586 07 42

jgs@uria.com

Manuel García-Villarrubia

T: + 34 91 586 01 39

F: + 34 91 586 07 42

mgv@uria.com

Mariano Magide Herrero

T: + 34 91 586 01 38

F: + 34 91 586 07 42

mmh@uria.com

Adolfo Menéndez Menéndez

T: + 34 91 586 04 50

F: + 34 91 586 07 42

adm@uria.com

Fernando Lorente Hurtado

T: + 34 91 586 04 50

F: + 34 91 586 07 42

flh@uria.com

David Blanquer Criado

T: + 34 91 586 06 40

F: + 34 91 586 04 02

dbc@uria.com

M^a Jesús Madrigal Esteban

T: + 34 91 586 01 38

F: + 34 91 586 07 42

maj@uria.com

URÍA MENÉNDEZ - BARCELONA

Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona

Esteban Arimany Lamoglia

T: + 34 93 416 55 27

F: + 34 93 416 55 11

eal@urial.com

Daniel I. Ripley

T: + 34 93 416 55 86

F: + 34 93 416 55 11

drs@uria.com

URÍA MENÉNDEZ

Gran Vía de Don Diego López de Haro n^o 19-21 (planta 2^a)
48001 Bilbao

Ignacio Pérez Dapena

T: +34 94 416 37 96

F: +34 94 479 07 61

idp@uria.com

URÍA MENÉNDEZ

Colón, 28 -5º
46004 Valencia

Jaime Almenar Belenguer

T: +34 96 353 23 36

F: + 34 96 351 22 39

jap@uria.com

URÍA MENÉNDEZ

Rua Castilho, 20 - 6º
1250-069 Lisboa

Claudio Monteiro

T: + 35 121 03 08 607

F: + 35 121 03 08 601

clm@uria.com

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

Directiva 2004/18: Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

EPE: Entidad Pública Empresarial

JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

LCAP/1995: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Ley 3/2004: Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Ley 30/1992: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 4/1997 de Murcia: Ley 4/1997, de 24 de julio, de construcción y explotación de infraestructuras de la Región de Murcia.

Ley 6/1997: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Ley catalana 3/2007: Ley 3/2007, de la obra pública (Cataluña).

Ley Foral 6/2006: Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de la Comunidad Foral de Navarra.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LOREG: Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

RD 1098/2001: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

TALCE/1965: Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

TRLCAP/2000: Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

UTE: Unión Temporal de Empresas.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
I. GUÍA PRÁCTICA DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	13
1. Introducción general a la LCSP	13
2. El ámbito subjetivo de la LCSP	21
3. El concepto de Administración Pública en sentido estricto	27
4. El concepto de Poderes Adjudicadores	33
5. El concepto de otros sujetos del sector público	45
6. El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP; contratos incluidos y negocios jurídicos excluidos.....	49
7. Los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado.....	55
8. Los contratos sujetos a regulación armonizada	65
9. El contrato de obra pública	71
10. El contrato de concesión de obra pública	73
11. El contrato de gestión de servicios públicos.....	77
12. El contrato de suministro.....	81
13. El contrato de servicios.....	85
14. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.	89
15. Los principios de selección y adjudicación del contrato: publicidad e igual conurrencia.....	97
16. La selección del contratista.....	109
17. La clasificación de los contratistas	111
18. Las prohibiciones de contratar	119
19. La formulación de ofertas por los aspirantes a la adjudicación	127
20. El procedimiento abierto.....	133
21. El procedimiento restringido	135
22. El procedimiento negociado	139
23. El diálogo competitivo.....	143
24. El jurado de proyectos	147
25. El acuerdo marco	149
26. El sistema dinámico.....	151
27. El sistema centralizado	153
28. Los criterios de adjudicación del contrato.....	155
29. El régimen de recursos en el procedimiento de selección y adjudicación del contrato	165
30. El régimen general de las garantías contractuales	183
31. La garantía provisional.....	187

32. La garantía definitiva	191
33. La garantía global	197
34. El precio del contrato y su revisión.....	199
35. El pago del precio y el devengo de intereses.....	207
36. La subcontratación	223
37. La modificación y prórroga de los contratos administrativos	227
38. La extinción de los contratos administrativos	233
39. Algunas especialidades autonómicas	239

PRESENTACIÓN

Después de un prolongado proceso de elaboración del anteproyecto, y de la correspondiente deliberación parlamentaria, se acaba de promulgar la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor a los 6 meses de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2007.

La Ley transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18, y se esfuerza para superar las controversias y problemas planteados en la práctica a la hora de identificar el ámbito subjetivo de la norma. A tal efecto, la Ley distingue tres perfiles, para diferenciar a las Administraciones Públicas en sentido estricto, de los Poderes Adjudicadores, y otros sujetos del sector público.

Desde la perspectiva del ámbito objetivo de aplicación, la Ley introduce nuevas figuras como el contrato de colaboración del sector público y el sector privado, al mismo tiempo que revisa y reduce las prestaciones del contrato de concesión de obras públicas.

En lo que afecta al régimen de publicidad, la Ley incorpora un régimen que se sirve de las nuevas tecnologías de la información, denominado *“perfil contractual”*, que consiste de la inclusión de la información en una página web institucional.

También hay variaciones relevantes en lo que atañe a la selección de contratistas, mediante el uso de fórmulas hasta ahora desconocidas en nuestro Derecho positivo, como el diálogo competitivo, o el sistema dinámico.

No menos destacadas son las novedades en materia del precio del contrato y su revisión, el régimen de garantías, o respecto a la modificación y prórroga del contrato; también hay que destacar las que afectan a las prohibiciones de contratar o a la subcontratación.

Pues bien, la función divulgativa que persigue esta publicación es facilitar la primera aproximación al conocimiento de la Ley de Contratos del Sector Público, destacando sus aportaciones e innovaciones, o los cambios dispuestos respecto al régimen contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000. No se pretende realizar un análisis de la Ley en profundidad, ni aportar criterios interpretativos o soluciones a las eventuales lagunas normativas. Dada la extensión de la Ley y la complejidad de su estructura interna, la simple exposición clara y ordenada de su contenido básico y de las novedades más significativas, satisface una utilidad que no debe ser desdeñada.

Por la fórmula empleada en esta Guía Práctica para describir el contenido de la Ley (mediante preguntas y respuestas concisas), la obra se dirige no sólo a profesionales del Derecho, sino también a todos aquéllos que, desde una perspectiva empresarial o técnica, desarrollan actividades relacionadas con la contratación pública.

1.1. ¿Por qué es necesario dictar una nueva Ley en materia de contratación de las entidades del sector público?

El día 31 de octubre de 2007 se ha publicado la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor el 30 de abril de 2008. Tan sólo su disposición transitoria séptima resulta ya aplicable desde el 1 de noviembre de 2007.

Sin perjuicio de otro tipo de motivaciones, la causa fundamental de la nueva LCSP, es la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (en lo sucesivo Directiva 2004/18)¹. Esa transposición debió realizarse antes del 31 de enero de 2006.

Sin embargo, en lugar de limitarse a la mera transposición en plazo de la Directiva comunitaria, o de añadir además algunas reformas concretas al vigente TRLCAP/2000, la LCSP ha sido elaborada con el propósito de establecer un nuevo régimen completo para la contratación del sector público².

-
- 1 Dictamen del Consejo de Estado de 21 de mayo de 1992 (número 214/1992): *“Debe tenerse en cuenta que el Derecho comunitario, en cuanto a la contratación administrativa, se ha producido mediante Directivas y no mediante Reglamentos; lo que, en términos generales y sin perjuicio de posibles efectos directos de alguna de las disposiciones contenidas en las Directivas, éstas persiguen la aproximación de las Disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, pero no de manera uniforme y exhaustiva, sino dejando a los Estados la elección de los medios y forma de realizarla, siempre bajo la condición de ajustarse aquéllas y obviamente respetar las libertades esenciales consagradas en el Tratado”*.
 - 2 Así lo destaca la Exposición de Motivos de la LCSP al final de su epígrafe I: *“Sin embargo, aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de*

Hay que destacar asimismo que, en paralelo, las Cortes Generales han tramitado y aprobado la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (dictada para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992). Se trata de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, norma que queda fuera del análisis de esta Guía Práctica o estudio introductorio, en el que únicamente se examina la LCSP.

En el ordenamiento jurídico español no es insólito que la modificación de la legislación de contratación de las Administraciones Públicas tenga su origen en Directivas comunitarias o en Sentencias de condena por incumplimiento de esas Directivas. Ya la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993 declaró que el artículo 2.8 del TALCE/1965 era contrario al ordenamiento comunitario. A partir de ahí, casi todas las modificaciones de la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas han venido impulsadas por Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las que se condenaba al Reino de España por incumplimiento de las Directivas europeas en materia de contratación. La LCAP/1995, fue objeto de sucesivas reformas anuales en gran medida derivadas de Sentencias condenatorias (Ley 13/1996, de 30 de diciembre; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 50/1998, de 30 de diciembre; Ley 53/1999, de 28 de diciembre).

Lo mismo cabe decir del vigente TRLCAP/2000, que ha sido parcialmente modificado por la Ley 62/2003, de 11 de marzo, y por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (dictado poco después de que el Reino de España fuera condenado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005).

En particular, la inestabilidad de la redacción de algunos preceptos ha sido muy elevada. A modo de ejemplo, la del artículo 2.1 del TRLCAP/2000 fue nuevamente reformada por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, que estableció la redacción vigente a partir del 1 de enero de 2007. Lo mismo sucede con la disposición adicional sexta del TRLCAP/2000, que también ha sido objeto de sucesivas modificaciones, la última establecida por la citada Ley 42/2006.

1.2. ¿Qué materias regula la LCSP?

Para aproximarse al contenido de la LCSP, que se extiende a lo largo de 309 artículos, es útil conocer cuál es su estructura y qué materias regula.

partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se constrañe a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve”.

Título Preliminar	Disposiciones generales	Arts. 1-21
Libro I	Contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos	Arts. 22-92
Libro II	Preparación de los contratos	Arts. 93-121
Libro III	Selección del contratista y adjudicación de los contratos	Arts. 122-191
Libro IV	Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos	Arts. 192-290
Libro V	Organización administrativa para la gestión de la contratación	Arts. 291-309

La densidad normativa no es uniforme, pues algunas materias formales o procedimentales son reguladas de forma muy completa, con un grado de detalle que es más habitual en los reglamentos que en las Leyes. En cambio, otras cuestiones sustantivas se tratan en unos pocos preceptos. El siguiente cuadro es ilustrativo de lo que se quiere poner de manifiesto:

MATERIA	PRECEPTOS
Procedimientos de selección del contratista y adjudicación del contrato	70 artículos
Preparación del contrato y elaboración del expediente	29 artículos
Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos en general	17 artículos
Contrato de obras	20 artículos
Contrato de gestión de servicios públicos	19 artículos
Contrato de servicios	14 artículos
Contrato de suministro	13 artículos
Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	6 artículos

1.3. ¿Cuál es el contenido central de la LCSP?; ¿cuál es su eje vertebrador?

El criterio tradicional era que la legislación de los contratos públicos tenía por objeto establecer el régimen jurídico de un tipo específico de negocio jurídico (el contrato administrativo),

y regular las potestades exorbitantes y los privilegios que disfruta la Administración al celebrar esos contratos (prerrogativas que permiten, por ejemplo, que de forma unilateral la Administración interprete, modifique, resuelva o anule el contrato).

Ahora se ha producido un cambio en el contenido central o eje vertebrador de la Ley, que pasa a ser el procedimiento de selección del contratista. Es decir, el núcleo central de la Ley ha dejado de ser el cumplimiento del contrato y ahora la atención se centra en la preparación del contrato y la selección del adjudicatario. Hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/18 no se ocupa de la ejecución o del régimen de cumplimiento del contrato.

Desde una perspectiva subjetiva, el eje central de la Ley ya no son sólo las Administraciones Públicas investidas de prerrogativas exorbitantes, sino también los distintos sujetos del sector público que no tienen esos mismos privilegios. La clave para acotar ahora el perfil subjetivo no es identificar formalmente la naturaleza de quién contrata, sino analizar desde una perspectiva funcional qué tipo de actividad realiza cada sujeto del sector público. La respuesta a ese interrogante funcional determina cuáles son las reglas procedimentales que hay que seguir para seleccionar al adjudicatario del contrato. Ahora bien, para determinar el procedimiento no basta con ese criterio funcional, sino que además hay que tener en cuenta el tipo del contrato por razón de su objeto, y la cuantía de su importe de licitación

Desde la perspectiva procedimental de la selección del adjudicatario, los objetivos y principios fundamentales son los siguientes: *i)* el derecho a participar en el proceso de selección en condiciones de igualdad; *ii)* la publicidad y transparencia del procedimiento de selección; *iii)* la igualdad y la ausencia de discriminaciones; y *iv)* la garantía de una adjudicación libre, pública y competitiva.

1.4. ¿Por qué la LCSP es tan larga y extensa?

La LCSP es mucho más extensa que la Directiva que se traspone. Mientras que la Directiva 2004/18 tiene 84 artículos, la LCSP alcanza los 309 artículos (32 disposiciones adicionales, 7 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, y 12 disposiciones finales). Además, hay que destacar la extraordinaria extensión de algunos preceptos y el elevado número de remisiones internas de unos artículos a otros.

Si comparamos la extensión de los textos legales sobre contratación en la época histórica más reciente, se advierte con claridad que desde 1965 de forma paulatina y continuada los textos reguladores de la contratación pública han ido adquiriendo progresivamente una mayor extensión.

TALCE/1965	LCAP/1995	TRLCAP/2000	LCSP/2007
125 artículos	219 artículos	266 artículos	309 artículos

En cierta medida, esa tendencia a alargar el texto se explica por la circunstancia de que la norma desciende a un mayor grado de detalle al incorporar al derecho positivo criterios jurisprudenciales o, en ocasiones, la doctrina de la JCCA. Por ejemplo, si en materia de garantías definitivas de contratos menores de suministro hay un criterio de la JCCA que entiende que en determinadas circunstancias no es indispensable la constitución de la

garantía, ahora la LCSP incorpora expresamente a su texto ese criterio. Ese fenómeno de incorporar a normas generales criterios nacidos de casos concretos planteados en la práctica es habitual en el Derecho anglosajón, y también en el ámbito de la Unión Europea. Por esa vía se reduce el ámbito del desarrollo reglamentario y las soluciones prácticas concretas ganan en certidumbre, pero también se hacen más rígidas y de difícil modificación, por las peculiaridades de la tramitación parlamentaria de las Leyes.

Al informar sobre el Anteproyecto de Ley, el Consejo de Estado sugirió reducir la extensión del texto para que se concentrase en principios y criterios generales, remitiendo la fijación de los detalles procedimentales y algunas cuestiones de tramitación administrativa al Reglamento. Según el dictamen de 25 de mayo de 2006: *“La regulación de la Ley proyectada debe partir de normas y principios de aplicación claros y generales. En la medida de lo posible, el desarrollo normativo de aspectos tangenciales y de detalle debe deferirse a la norma reglamentaria”*.

Esa sugerencia no ha sido aceptada, pues el texto remitido al Consejo de Estado contenía 309 artículos, los mismos que el texto tramitado por las Cortes Generales, y definitivamente aprobado por la LCSP.

1.5. ¿Cuándo entrará en vigor la LCSP?; ¿cuál es el régimen de derecho transitorio?

La LCSP se ha publicado en el BOE el 31 de octubre de 2007, y entrará en vigor a los 6 meses de su publicación en el BOE, esto es, el 30 de abril de 2008. (disposición final duodécima de la LCSP).

Dicho esto, conviene precisar que los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP seguirán sujetos al TRLCAP/2000, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas (disposición transitoria primera, apartado 2 de la LCSP).

También se regirán por el TRLCAP/2000 los procedimientos de contratación que estuvieran tramitándose cuando entre en vigor la LCSP. A esos efectos, se entiende que el procedimiento de contratación está en curso cuando ya se hubiera publicado la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato (salvo en el caso de los procedimientos negociados, en los que se entenderá que el procedimiento está en curso desde la fecha de la aprobación de los pliegos); así lo establece la disposición transitoria primera, apartado 1, de la LCSP.

La única excepción a la *“vacatio legis”* de 6 meses, es la inmediata entrada en vigor de la disposición transitoria séptima de la LCSP, a partir del día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, desde el 1 de noviembre de 2007. Esa disposición parte de las tres categorías de sujetos que regula la nueva Ley (Administraciones Públicas en sentido estricto, Poderes Adjudicadores y otros sujetos del sector público), y concreta qué preceptos del TRLCAP/2000 les serán aplicables a cada uno de estos grupos hasta que se produzca la entrada en vigor de la LCSP.

Esa disposición transitoria séptima de la LCSP también afecta a determinados contratos de obras o de consultoría y de servicios, en lo que respecta a la capacidad de las empresas, la publicidad, los procedimientos de licitación, las formas de adjudicación, el régimen de recursos y de medidas cautelares. En las condiciones de precio o de subvenciones detalladas por la Ley, así sucede para los contratos que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la Sección F, división 45, grupos 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades

Económicas de las Comunidades Europeas (NACE). También ocurre así con los contratos de construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios, y edificios de uso administrativo. Y, finalmente, igual ocurre respecto de los contratos de consultoría y asistencia, y los contratos de servicios, que estén relacionados con los contratos de obras que se acaban de mencionar.

1.6. ¿Cuál es la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de contratación del sector público?

En líneas muy generales, el contenido normativo de la Directiva 2004/18 tiene, a efectos de distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, carácter básico.

Ahora bien, el contenido de la Directiva no agota la materia básica; es decir, hay cuestiones que, a pesar de no estar incluidas en las Directivas, también tienen carácter básico, y por tanto, pueden y deben formar parte de la legislación estatal básica en materia de contratos³.

1.7. ¿Cuáles son las materias básicas reguladas por el Estado en la LCSP?

De acuerdo con la disposición adicional séptima de la LCSP, las materias básicas cuya regulación corresponde a la normativa estatal son las siguientes⁴: *i)* la configuración del contrato administrativo; *ii)* régimen de publicidad del contrato; *iii)* prerrogativas de la Administración; *iv)* ineficacia del contrato; y, *v)* ejecución del contrato.

1.8. ¿Qué cuestiones tienen hoy en día una regulación específica de las Comunidades Autónomas?

La clasificación de los contratos administrativos típicos, o de los contratos privados es diferente en la Ley Foral 6/2006. Conforme a esa Ley Foral no hay contratos administrativos atípicos o

3 Dictamen del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1998 (número 4468/98, relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/1995: *“Por otra parte, la circunstancia de que se califiquen como básicos determinados preceptos para los que no existe una regulación específica en el ámbito comunitario no quiebra el régimen de distribución de competencias previsto en la Constitución. En este sentido y a propósito del Derecho comunitario, ha entendido el Consejo de Estado que «el común denominador normativo» contenido en una directiva está llamado a coincidir -con naturalidad y por regla general- con el concepto de «bases» en supuestos de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque por supuesto no incida ni altere la distribución interna de competencias. Sin embargo, es preciso destacar que de la afirmación anterior (...) no se deduce, ni cabe deducir, la afirmación contraria: que todas las cuestiones que no estén reguladas en las directivas comunitarias no pueden tener carácter básico”.*

4 Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2001 (número 1344/2001, relativo al proyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas): *“En este sentido, se ha venido considerando como cuestiones cuya regulación debe tener carácter básico las relativas a la configuración misma del contrato administrativo; a su objeto y a sus requisitos; a su forma y documentación; a los sistemas de contratación y al régimen de publicidad; a las prerrogativas de la Administración; a la ineficacia del contrato; o a la ejecución del contrato”.*

especiales, por lo que son contratos privados todos los que no sean contratos administrativos típicos (o nominados).

Hay varias Comunidades Autónomas que han establecido detalles en los criterios de selección del contratista que ponderan los elementos sociales o ambientales.

También hay cuestiones organizativas y competenciales reguladas por algunas Comunidades Autónomas, como ocurre en materia de juntas de contratación.

Singular interés tienen las especialidades dispuestas en Cataluña para la contratación de las obras públicas, que serán analizadas en el apartado 39 de esta Guía Práctica.

2.1. ¿A quién se aplica la Directiva 2004/18?; ¿cuál es su ámbito subjetivo?

La importancia de redefinir el ámbito subjetivo de la normativa de contratación del sector público viene determinada por la necesidad de ajustarse a la Directiva 2004/18, y de evitar que en el futuro el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pudiera volver a condenar a España por la insuficiente delimitación de los sujetos a los que se aplica esa normativa.

La Directiva 2004/18 se aplica a los “*poderes adjudicadores*”, dentro de los cuales cobran especial relevancia los denominados “*Organismos de Derecho Público*”.

Para identificar quiénes tienen esa consideración, la Directiva utiliza un doble criterio; por un lado, establece los rasgos característicos de su perfil; por otro, incluye un extenso listado que identifica para cada Estado quiénes tienen la consideración de Organismo de Derecho Público.

En cuanto a ese listado, sin perjuicio de que su funcionalidad no es establecer una relación completa y exhaustiva sino despejar dudas interpretativas⁵, interesa destacar que mientras que respecto a otros Estados se mencionan de forma detallada y nominativamente las concretas personas jurídicas que tienen la consideración de Organismos de Derecho Público, en el caso de España el Anexo de la Directiva 2004/18 utiliza categorías muy generales que no aportan certidumbre.

En cuanto al perfil de los Organismos de Derecho Público establecido por la Directiva, merece esa calificación cualquier Organismo en el que concurren los 3 rasgos siguientes:

- i) haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00, SIEPSA): “(...) dicha lista no tiene en absoluto carácter exhaustivo, variando considerablemente su grado de precisión de un Estado miembro a otro. El Tribunal dedujo de ello que, si un organismo determinado no figura en dicha lista, procede comprobar, en cada caso, la situación jurídica y fáctica del mismo con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general”.

- ii) tener personalidad jurídica; y
- iii) que en su funcionamiento concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) que la actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público; b) que la gestión esté sometida a control por parte de estos últimos; c) que el órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales, u otros Organismos de Derecho Público.

Hay que destacar que la jurisprudencia comunitaria considera que los rasgos i), ii) y iii) tienen carácter acumulativo, por lo que no basta con el cumplimiento aislado de alguno de ellos; así lo declara, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros).

En cuanto al requisito de la personalidad jurídica, para identificar quiénes tienen la consideración de Organismo de Derecho Público, la normativa comunitaria en materia de contratación no utiliza un criterio formal sino funcional, y de ahí que sea indiferente la forma pública o privada que revista la persona jurídica, pues la clave está en las funciones o actividades que materialmente desarrolle.

2.2. ¿A quién se aplica la Ley?; ¿cuál es su ámbito subjetivo?

La LCSP establece un régimen general y algunos regímenes especiales. Veamos primero el régimen general, para hacer más adelante alguna referencia a los regímenes especiales.

En el régimen general, la LCSP ha renunciado a establecer mediante listados a quiénes se aplica la Ley, y ha optado por establecer categorías jurídicas abiertas a la interpretación. La Ley distingue 3 grupos de sujetos: i) las Administraciones Públicas en sentido estricto (artículo 3.2 de la LCSP); ii) los Poderes Adjudicadores, entre los que se incluyen los que la Directiva 2004/18 llama Organismos de Derecho Público (artículo 3.3 de la LCSP); y iii) otros sujetos del sector público (artículo 3.1 de la LCSP).

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LCSP

Administraciones Públicas	Poderes Adjudicadores	Otros sujetos del sector público
---------------------------	-----------------------	----------------------------------

El problema que plantea esa distinción es que los tres grupos de sujetos se superponen parcialmente, pues algunas de las personas jurídicas que forman parte de uno de esos grupos también se integran en otros, formando una figura cónica que se va cerrando progresivamente. Quienes tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto forman parte de las tres categorías, pues también tienen la consideración de Poderes Adjudicadores, y de sujetos del sector público. A su vez, los Poderes Adjudicadores tienen una doble condición, pues también forman parte de la categoría de sujetos del sector público. Finalmente, hay entidades que sólo responden al perfil de la categoría llamada otros sujetos del sector público.

La importancia de esa distinción en tres grupos de sujetos radica en el grado de aplicación de la LCSP; simplificando algunos matices, cabría decir que es de aplicación “*íntegra*” a las Ad-

ministraciones Públicas, “media” o “baja” a los Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, y “mínima” a los demás sujetos que forman parte del sector público, y no son ni Administración Pública ni Poder Adjudicador.

No terminan ahí las cuestiones que suscita el ámbito subjetivo de la LCSP, que sin duda seguirá siendo uno de los principales focos de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la Ley. La estructura interna de la LCSP es bastante compleja, y por ello no es fácil una descripción lineal y clara de su ámbito de aplicación. Por ello, es conveniente hacer aproximaciones parciales antes de llegar al resultado final de conocer el régimen contractual de los distintos entes. En este apartado únicamente se hará una descripción general del ámbito subjetivo, dejando para los próximos apartados el análisis individualizado de cada una de las 3 categorías generales utilizadas por la LCSP: *i)* Administraciones Públicas (artículo 3.2); *ii)* Poderes Adjudicadores (artículo 3.3); y *iii)* otros sujetos del sector público (artículo 3.1).

En una primera aproximación, cabría decir que cada círculo subjetivo parece delimitado pensando en un determinado tipo de contrato o ámbito objetivo de la Ley, con arreglo al siguiente esquema.

ÁMBITO SUBJETIVO	ÁMBITO OBJETIVO
Administraciones públicas	Contratos administrativos
Poderes Adjudicadores	Contratos sujetos a regulación armonizada
Otros sujetos del sector público	Contratos de Derecho Privado

Pero en un segundo análisis se comprueba que en realidad el esquema es algo más complejo, pues no hay una correlación unívoca entre cada sujeto y cada tipo de contrato. Como ya se ha anticipado, hay una superposición parcial, pues las Administraciones Públicas también tienen la consideración de Poderes Adjudicadores, y éstos a su vez también son sujetos del sector público. En realidad el esquema más ajustado al ámbito de la LCSP es el siguiente:

ÁMBITO SUBJETIVO	ÁMBITO OBJETIVO
Administraciones públicas	Contratos administrativos
	Contratos sujetos a regulación armonizada
	Contratos de Derecho Privado
Poderes Adjudicadores	Contratos sujetos a regulación armonizada <i>(aplicación LCSP para preparación y adjudicación)</i>
	Contratos no sujetos a regulación armonizada <i>(aplicación de principios comunitarios)</i>
	Contratos de Derecho Privado
Otros sujetos del sector público	Contratos de Derecho Privado

2.3. ¿Qué regímenes especiales establece la LCSP?

En relación a las Administraciones Públicas, la LCSP establece especialidades en relación a los Entes de la Administración Local.

Respecto a los Poderes Adjudicadores y algunos sujetos del sector público en sentido amplio, algunos tienen un régimen especial; así sucede en el caso del ICEX (Instituto Español de Comercio Exterior), Puertos del Estado, Autoridades Portuarias, SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales), TRAGSA (Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima), o en el del Museo Nacional del Prado.

En cuanto a los órganos constitucionales (como por ejemplo el Congreso de los Diputados, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, o el Defensor del Pueblo), la disposición adicional tercera establece que están sujetos a las mismas reglas que la LCSP establece para las Administraciones Públicas en sentido estricto.

2.4. ¿Qué especialidades se aplican a la Administración Local?

Las especialidades que establece la disposición adicional segunda de la LCSP para las entidades de la Administración Local son esencialmente de carácter organizativo (creación de Juntas de Contratación y composición de las Mesas), y competencial (competencias del Alcalde o Presidente, del Pleno, de la Junta de Gobierno Local).

También se establece alguna especialidad sustantiva. Así, por ejemplo, en el caso de las Entidades Locales, para los contratos que tengan por objeto la adquisición de inmuebles, el importe de la adquisición puede ser objeto de un aplazamiento en el pago de hasta 4 años, con sujeción a los trámites previstos en la legislación de Haciendas Locales para los compromisos de gastos futuros.

Respecto a la racionalización de los procedimientos de contratación para los municipios con población inferior a 5.000 habitantes, la LCSP introduce la posibilidad de que celebren un convenio de colaboración con la Diputación Provincial o la Comunidad Autónoma que tenga carácter uniprovincial, para encomendarle la gestión del procedimiento de contratación, o para que actúe como central de contratación. Además, las Diputaciones Provinciales pueden asumir funciones de asistencia a los pequeños Ayuntamientos para la elaboración de modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares, o crear una oficina de supervisión de proyectos de obra.

2.5. ¿Qué especialidades establece la LCSP para algunos organismos y sujetos del sector público?

La disposición adicional vigésimoquinta de la LCSP otorga la consideración de Entidades Públicas Empresariales (EPE) a algunos sujetos del sector público que en rigor no tienen esa naturaleza jurídica. Es decir, la Ley crea una ficción jurídica. A efectos sólo de contratación, tienen la consideración de EPE: *i)* el ICEX; *ii)* la SEPI; o *iii)* el ente público Puertos del Estado.

Respecto a las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, la LCSP especifica que las instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación son elaboradas y aprobadas por el Ministerio de Fomento, previo informe de la Abogacía del Estado.

2.6. ¿Qué especialidades establece la LCSP respecto al Museo Nacional del Prado?

En líneas generales la LCSP no modifica las especialidades contractuales que para el Museo Nacional del Prado estableció la Ley 46/2003, de 25 de noviembre. La LCSP se limita a establecer en su disposición adicional vigésimoquinta el régimen aplicable a los contratos relacionados con la actividad comercial, como por ejemplo, las exposiciones temporales, o la explotación de servicios comerciales, derechos de propiedad intelectual. Para su preparación y adjudicación se aplicarán al Museo las normas previstas en la LCSP para los Poderes Adjudicadores que no son Administración Pública en sentido estricto. Establece la LCSP que estos contratos no tienen carácter administrativo, sino de Derecho Privado.

2.7. ¿Son los Colegios Profesionales sujetos del sector público a efectos de contratación?; ¿y las Cámaras de Comercio?

A efectos de contratación esos sujetos de la Administración Corporativa no tienen la consideración de sujetos del sector público. Resulta indicado precisar que los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio ejercen por delegación algunas funciones administrativas, pero son entidades asociativas de base privada y los contratos que celebran se rigen por el Derecho Privado y son, en principio, ajenos a la LCSP.

Ahora bien, distinta es la solución legal en el caso concreto de Navarra, donde se establece que, en materia de contratación administrativa la Cámara Oficial de Comercio e Industria se somete a la legislación sobre contratos públicos, sin perjuicio de seguir sometida al Derecho Privado para los contratos que no estén sujetos a la Ley Foral 6/2006 (norma que se describe en el apartado 39 de esta Guía Práctica).

3.1. ¿Quiénes tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

En nuestro ordenamiento jurídico no hay un concepto unitario de Administración Pública. La expresión “*Administración Pública*” adquiere distintos significados a efectos presupuestarios, de contratación, o del régimen jurídico y del procedimiento administrativo.

A efectos de la LCSP, y conforme a lo establecido en su artículo 3.2, tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, las siguientes: *i)* las Administraciones territoriales; *ii)* la Seguridad Social; *iii)* los Organismos Autónomos; *iv)* las Universidades públicas; *v)* las Autoridades Regulatoras Independientes; y *vi)* otras Entidades de Derecho Público en las que concurren las circunstancias legalmente establecidas.

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A EFECTOS LCSP

Administración territorial	i) Administración General del Estado ii) Administración de las Comunidades Autónomas iii) Entidades Locales
Seguridad Social	i) Entidades gestoras de la Seguridad Social ii) Servicios comunes de la Seguridad Social
Organismos Autónomos	
Universidades públicas	
Autoridades Regulad. Indep.	
Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de A. Públicas (salvo las Entidades Públicas Empresariales)	<p style="text-align: center;">Perfil A</p> <p>i) que la actividad principal no consista en la producción de bienes o la prestación de servicios en régimen de mercado. ii) o que sin ánimo de lucro efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional</p> <p style="text-align: center;">Perfil B</p> <p>Que no se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios</p>

La titularidad de potestades unilaterales de carácter exorbitante es el rasgo peculiar de las Administraciones Públicas en sentido estricto, y que permite diferenciarlas de los demás Poderes Adjudicadores y otros sujetos del sector público, quienes no están investidos de esas mismas prerrogativas. No obstante, a pesar de que en ocasiones ejercen potestades públicas, el legislador ha excluido del concepto de Administraciones Públicas, a los efectos de la LCSP, a las EPEs.

3.2. ¿Qué contratos celebran las Administraciones Públicas?

Las Administraciones Públicas en sentido estricto son las únicas que celebran contratos administrativos; así se infiere a *“sensu contrario”* de lo establecido en el artículo 20.1 de la LCSP, a cuyo tenor: *“Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”*.

Ni el resto de los Poderes Adjudicadores ni los demás sujetos del sector público pueden celebrar contratos administrativos, porque sólo las Administraciones Públicas están investidas de los privilegios y prerrogativas que constituyen el nervio de los contratos administrativos. Hay que tener en cuenta que los contratos administrativos no se caracterizan en rigor por el objeto de las prestaciones, sino por la existencia o inexistencia de prerrogativas.

Además de contratos administrativos, las Administraciones Públicas también celebran: *i)* contratos sujetos a regulación armonizada; *ii)* contratos de Derecho Privado.

Ahora bien, esa clasificación es heterogénea pues las figuras que agrupa responden a distintos criterios. Hay que precisar que mientras que la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado se realiza aplicando criterios sustantivos, la categoría de los llamados contratos sujetos a regulación armonizada se fundamenta en cuestiones estrictamente procedimentales que afectan a la selección del adjudicatario.

CONTRATOS QUE PUEDEN CELEBRAR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Contratos administrativos	Contratos sujetos a regulación armonizada	Contratos de Derecho Privado
---------------------------	---	------------------------------

3.3. ¿Qué Administraciones territoriales tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

En su estricta literalidad, en su artículo 3.2.a) la LCSP atribuye esa consideración a: *i)* la Administración General del Estado; *ii)* las Administraciones de las Comunidades Autónomas; *iii)* las entidades que integran la Administración Local.

Ello no obstante, es necesario precisar que mientras que la Administración estatal y la autonómica siempre tienen carácter territorial, dentro de las Entidades integrantes de la Administración Local hay dos tipos. La Ley 7/1985, de 2 de abril (de Bases de Régimen Local), distingue las Entidades Locales territoriales y las que no tienen ese carácter.

En nuestro ordenamiento jurídico son Entidades Locales de carácter territorial: *i)* el Municipio; *ii)* la Isla; y *iii)* la Provincia.

Las Entidades Locales que no tienen carácter territorial son las siguientes: *i)* las Entidades de ámbito inferior al municipal; *ii)* las comarcas; *iii)* las Áreas Metropolitanas; y *iv)* las Mancomunidades de municipios.

3.4. ¿Qué entidades de la Seguridad Social tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

A los efectos de la LCSP, tienen consideración de Administración Pública las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, por lo que hay que estar a lo establecido en los artículos 57 y 63 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

Es decir, se incluyen: *i)* la Tesorería General de la Seguridad Social; *ii)* el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS); *iii)* el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD); *iv)* el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO).

3.5. ¿Qué Organismos Públicos tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

Dentro del ámbito estatal, la Ley 6/1997 distingue 3 clases de Organismos Públicos: *i)* Organismos Autónomos; *ii)* Entidades Públicas Empresariales; *iii)* Agencias Estatales.

Por un lado el Organismo Público puede ser un “*Organismo Autónomo*” regido por el Derecho Administrativo como ocurre en el caso del Consejo Superior de Deportes (CSD), o en el de la Jefatura Central de Tráfico.

Por otro lado puede ser una “*Entidad Pública Empresarial*”, que es una personificación híbrida, que cuando ejerce potestades administrativas se sujeta al Derecho Administrativo, y en lo demás por el Derecho Privado, como sucede en el caso de RENFE, ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), ó AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea). Igual consideración tiene la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), el Instituto de Crédito Oficial (ICO), Loterías y Apuestas del Estado, o la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, entre otros muchos ejemplos.

Finalmente, puede ser una “*Agencia*” como el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), o la Agencia Estatal de Artes Escénicas y Musicales (reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos).

Pues bien, de esas 3 figuras genéricamente denominadas Organismos Públicos en la Ley 6/1997, a efectos de la LCSP sólo los Organismos Autónomos tienen la consideración expresa de Administración Pública en sentido estricto. Como se verá, también las Agencias encontrarán a menudo encaje en el concepto de Administración Pública. En cambio, las EPEs están legalmente excluidas del concepto.

No tendría sentido hacer aquí un listado mínimamente completo de los Organismos Autónomos, pero a título meramente ilustrativo puede ser de utilidad mencionar algunos Organismos dependientes de la Administración General del Estado: el Instituto Nacional de Estadística (INE), el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), el Comisionado para el Mercado de Tabacos, el Instituto de Estudios Fiscales, el Parque Móvil del Estado, Trabajo

Penitenciario y Formación para el Empleo, Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado, el Centro Nacional de Información Geográfica (CNIG), el Instituto de la Juventud (INJUVE), el Instituto de la Mujer, el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX), el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS), la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (GIED), o finalmente, la Biblioteca Nacional.

3.6. ¿Qué Universidades tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

No todas las Universidades tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP. En esta materia hay que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre (de Universidades), que en su artículo 3 distingue las Universidades públicas y las privadas. Pues bien, sólo las Universidades públicas tienen la consideración de Administraciones Públicas a efectos de la LCSP.

3.7. ¿Qué Autoridades Regulatoras Independientes tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

En su estricta literalidad, el artículo 3.2.d) de la LCSP se refiere a *“las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad”*.

Ese giro lingüístico refleja la figura conocida como Administraciones Independientes, o Autoridades Regulatoras Independientes. Algunas de ellas son mencionadas en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997; ahora bien, no todas las entidades mencionadas en esa disposición se corresponden con la noción de Autoridades Regulatoras Independientes a las que alude la LCSP (como sucede en el caso del ICEX o el Consorcio de la Zona Especial Canaria).

A los efectos que aquí importan, hay algunas Autoridades Regulatoras o Administraciones Independientes en las que se cumplen con claridad los rasgos establecidos por la LCSP, mientras que en otros se plantean dudas al disminuirse el grado de autonomía o de independencia funcional.

Cabe afirmar con certidumbre que tienen la consideración de Administración Pública, las siguientes: *i)* el Banco de España⁶; *ii)* la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁷; *iii)* la Comisión Nacional de la Competencia⁸; *iv)* el Consejo de Seguridad Nuclear⁹; o *v)* la Comisión Nacional del Sector Postal¹⁰.

6 Ley 13/1994, de 1 de junio (de autonomía del Banco de España).

7 Artículos 13 y 14 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (del Mercado de Valores).

8 Ley 15/2007, de 3 de julio (de Defensa de la Competencia).

9 Ley 15/1980, de 22 de abril (de creación del Consejo de Seguridad Nuclear).

10 Ley 23/2007, de 8 de octubre (de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal).

En otros casos pueden plantearse algunas dudas, como ocurre con la Comisión Nacional de la Energía (CNE)¹¹. Teniendo en cuenta la posibilidad de impugnar los actos de la CNE mediante un recurso de alzada impropio ante el Ministro, podría dudarse de la efectiva existencia de “*independencia funcional*” o de la “*especial autonomía*” a las que alude la LCSP.

En el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)¹², su autonomía está expresamente reconocida (aunque en una simple norma de rango reglamentario)¹³.

También parece existir fundamento adecuado para considerar que la Agencia de Protección de Datos¹⁴ debe ser incluida en esta categoría a efectos de la aplicación de la LCSP.

3.8. ¿Qué otras Entidades de Derecho Público tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP?

La LCSP establece en su artículo 3.2.e) una última categoría que describe partiendo de la premisa de que se trata de Entidades de Derecho Público (por lo que se excluyen las Entidades de Derecho Privado como las sociedades mercantiles o las fundaciones), vinculadas o dependientes de otras Administraciones Públicas, en las que concurra alguno de los dos perfiles establecidos por la Ley.

El primer perfil se cumple cuando en la Entidad de Derecho Público concurren las siguientes características: *i)* que la actividad principal no consista en la producción de bienes o la prestación de servicios en régimen de mercado; o *ii)* que sin ánimo de lucro efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.

El segundo perfil se cumple cuando la Entidad de Derecho Público no se financie mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestaciones de servicios. En línea general de principio, éste es el perfil típico de las EPEs, pero la propia LCSP establece expresamente que: “*No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas*”. Algún sector doctrinal considera que esa ficción jurídica no se ajusta al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2004/18.

Cualquiera que sea la opinión que merezca la exclusión de las EPEs, lo cierto es que del tenor literal de la LCSP se infiere que las Agencias Estatales sí que se incluyen en esta categoría de Entidades Públicas de Derecho Público que tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, siempre que respondan a alguno de los perfiles descritos.

11 Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (del Sector de Hidrocarburos).

12 Artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre (General de Telecomunicaciones).

13 Artículo 3.1 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (por el que aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

14 Artículo 35 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (de protección de datos de carácter personal).

4.1. ¿Cuál es el origen de la figura del Poder Adjudicador?

Es una figura que tiene su origen en el Derecho comunitario, que crea un nuevo perfil de los sujetos que adjudican contratos mediante los que se realiza un gasto público. Se trata de que esas adjudicaciones sean transparentes y respetuosas con la igual competencia del mercado. Las Directivas comunitarias tienen por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías. A tal efecto, se busca excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales, como la posibilidad de que el Poder Adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico.

La clave para imponer las reglas de selección de contratistas establecidas en la Directiva 2004/18 está en la identificación de qué personas jurídicas tienen la consideración de “Poder Adjudicador”. Ese estatuto se atribuye no sólo a las Administraciones Territoriales, sino también a cualquier otra entidad con personalidad jurídica propia, de naturaleza pública o privada, que tenga la consideración de “Organismo de Derecho Público” desde el punto de vista comunitario.

Lo que importa no es la forma pública o privada de la personificación, o su régimen jurídico, y de ahí que no pueda excluirse de antemano a las sociedades mercantiles de titularidad pública o a las fundaciones públicas¹⁵. El factor determinante del régimen de selección de contratistas no es si estos sujetos están investidos o no de las prerrogativas exorbitantes que caracterizan al Derecho Administrativo, sino la actividad que materialmente desarrollan los Poderes Adjudicadores u Organismos de Derecho Público. Lo relevante es determinar si esa actividad está dentro o fuera del mercado competitivo, por estar vinculada a la satisfacción de necesidades de interés general.

15 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00): “el efecto útil de las Directivas (...) no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado (...) Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» (...) en el sentido de que los Estados miembros puede excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas”.

A esos limitados efectos comunitarios, deben concurrir de forma acumulativa¹⁶ todos los siguientes requisitos para que estemos ante un “*Organismo de Derecho Público*” que tenga la consideración de Poder Adjudicador a efectos de la LCSP:

- i) organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- ii) dotado de personalidad jurídica;
- iii) que exista una relación de instrumentalidad entre la entidad filial y la entidad matriz por alguna de las siguientes circunstancias: a) porque su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público¹⁷; b) o bien cuya gestión esté sometida a su control¹⁸; c) o bien cuyo órgano de administración, dirección o vigilancia haya sido designado por una Administración Territorial o una personificación instrumental sometida al Derecho Público.

16 Entre otras muchas, Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00, SIEPSA), 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00), y de 1 de febrero de 2001 (asunto C-237/99, SPCU y SA VAM).

17 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000 (asunto C-380/98, Universidad de Cambridge): “*la expresión «financiada por (una o varias entidades adjudicadoras)» ... debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas y subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, no constituyen financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias (...) es preciso determinar si el término «mayoritariamente» corresponde a un porcentaje determinado, o si procede darle otro significado (...) el término «mayoritariamente» ... debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad» (...) para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil”.*

18 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003 (asunto C-373/00, Adolf Truley GmbH): “*(...) queda descartada la posibilidad de considerar que se cumple el requisito de control de la gestión en el supuesto de un mero control «a posteriori» ya que, por definición, tal control no permite que los poderes públicos influyan en las decisiones del organismo de que se trate en materia de contratos públicos (...) En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión”.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998 (asunto C-353/96): “*A este respecto, es preciso señalar que fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques y le encomendó determinadas tareas, que consisten principalmente en la conservación de los bosques nacionales, así como de la industria forestal, pero también en el acondicionamiento de diversas instalaciones en interés general. Corresponde asimismo al Estado la facultad de nombrar a los principales directivos del Servicio de Bosques (...) Además, la facultad del Ministro de cursar instrucciones al Servicio de Bosques, en particular con el fin de obligarle a respetar las líneas maestras de la política estatal sobre actividades forestales o acondicionar servicios o instalaciones determinados, así como las facultades otorgadas a dicho Ministro y al Ministro de Hacienda en materia financiera, confieren al Estado la posibilidad de controlar la actividad económica del Servicio de Bosques (...) De las consideraciones anteriores se desprende que, si bien es cierto que ninguna disposición prevé expresamente que el control estatal se extienda específicamente a la celebración de los contratos públicos de suministro por parte del Servicio de Bosques, el Estado puede ejercer dicho control al menos de una manera indirecta”.*

LOS PODERES ADJUDICADORES EN LA DIRECTIVA

Administraciones Públicas en sentido estricto	
Organismos y Entidades	Que hayan sido creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no sean de carácter industrial o mercantil.
	Siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: i) financiación pública mayoritaria ii) control público de la gestión iii) nombramiento público de más de la mitad de los miembros del órgano de dirección o vigilancia
Asociaciones de Organismos Públicos	

Adviértase que en el artículo 3 de la LCSP hay una cierta superposición entre el concepto estricto de Administración Pública y la noción de Poder Adjudicador. Todas las Administraciones Públicas también tienen la consideración de Poder Adjudicador. En cambio, sólo algunos Poderes Adjudicadores son Administración Pública en sentido estricto.

4.2. ¿Qué entidades que no sean Administración Pública en sentido estricto tienen la consideración de Poderes Adjudicadores a efectos de la LCSP?

El artículo 3.3.b) LCSP exige que en el Organismo o la Entidad concurra alguna de las siguientes circunstancias: *i)* financiación pública mayoritaria; *ii)* control público de la gestión; *iii)* nombramiento público de más de la mitad de los miembros del órgano de dirección o vigilancia.

A diferencia de lo que sucede en el artículo 3.2 LCSP, que al definir el concepto estricto de Administraciones Públicas se refiere a “*entidades de derecho público*”, el artículo 3.3.b) sólo alude a los “*entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia*”, dejando al margen su naturaleza pública o privada. En consecuencia, hay que entender que en esta categoría se incluyen tanto personificaciones de Derecho Público como de Derecho Privado. Esa regulación es plenamente congruente con la normativa comunitaria, que como ya se ha avanzado prescinde del criterio formal y se centra en las funciones y actividades efectivamente desarrolladas por esas entidades, según tengan o no carácter industrial o mercantil.

Dentro de las Entidades de Derecho Privado, tienen la consideración de Poderes Adjudicadores las sociedades mercantiles y las fundaciones, cuando además de concurrir las circunstancias ya expresadas, hayan sido específicamente creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Dentro de las Entidades de Derecho Público, en una primera aproximación cabría pensar que en el artículo 3.3.b) LCSP no tienen cabida ni los Organismos Autónomos ni las Agencias Estatales, por tener la consideración de Administraciones Públicas en sentido estricto. En

cambio, las EPEs son sujetos de Derecho Público que sí encajan en esta categoría, siempre y cuando hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Conviene recordar aquí que, con arreglo a lo establecido en la disposición adicional vigésimo quinta de la LCSP, el régimen de las EPEs se aplica a la contratación del Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), al ente público Puertos del Estado, y a las Autoridades Portuarias.

Finalmente, también tienen la consideración de Poderes Adjudicadores las *“Asociaciones de Organismos Públicos”*.

4.3. ¿Qué asociaciones de organismos y entidades tienen la consideración de Poderes Adjudicadores a efectos de la LCSP?

El artículo 3.3.c) LCSP introduce la referencia a las asociaciones de entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Poder Adjudicador. Esa expresión no es habitual en nuestro Derecho Público, y su interpretación puede estar abierta a opiniones contrapuestas.

Parece difícilmente discutible que la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), y otras asociaciones similares de ámbito autonómico, provincial o comarcal, son auténticas asociaciones (disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local).

Cabe pensar que en esa categoría se incluyen las Mancomunidades de municipios; ahora bien, esas Mancomunidades tienen la consideración de Administraciones Públicas en sentido estricto. Por tanto, son Poderes Adjudicadores en tanto que son Administración Pública.

Los Consorcios pueden encajar en esta categoría del artículo 3.3.c), pero también son sector público en sentido amplio (artículo 3.1.e) LCSP). Se plantea la duda sobre si sólo se incluye a los Consorcios que estén únicamente compuestos por Poderes Adjudicadores, o si también se aplica a los Consorcios en los que participan asociaciones o sociedades del sector privado. Se trata de una cuestión discutible; en cualquier caso hay que destacar que el artículo 3.3.c) no se refiere a Consorcios *“participados”* o *“integrados”* por otros Poderes Adjudicadores, sino *“constituidos”* por ellos.

4.4. ¿Qué criterios se utilizan para determinar si un Organismo o Entidad ha sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no sean de carácter industrial o mercantil?

Teniendo en cuenta que la causa de la problemática deriva de las Directivas, los criterios interpretativos deben ser los intrínsecos al Derecho de la Unión Europea. La técnica de las nociones intrínsecas es utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para establecer el alcance subjetivo de las Directivas en materia de contratación pública. Como declara en su fundamento jurídico 79 la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 (que condena al Reino de España por incumplimiento de las Directivas en materia de contratación pública; *asunto “SIEPSA”*), para interpretar la expresión *“necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”*, hay que tener en cuenta que *“dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo*

que persigue la normativa de que se trate” (en el mismo sentido, Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto Adolf Truley, fj. 36, 40 y 45). Por otro lado, importa destacar que en caso de duda sobre las nociones intrínsecas, para despejar la incertidumbre hay que utilizar criterios funcionales y ampliatorios.

En el ámbito de la Unión Europea, el criterio del riesgo empresarial es clave no sólo en materia de ayudas públicas¹⁹, sino también respecto al régimen de contratación pública. Pues bien, en materia de contratación pública los fines de carácter mercantil del “Poder

-
- 19 La igualdad de competencia en el mercado tiene especial relevancia en la regulación de las ayudas públicas dispuesta por la Unión Europea. Los Poderes Públicos pueden permanecer en el ámbito del Derecho Público conservando el ejercicio de potestades exorbitantes (en cuyo caso pueden percibir ayudas públicas porque no falsean la competencia del mercado), y también es legítimo que las empresas públicas se rijan por el Derecho Privado y pierdan esas prerrogativas (pero entonces ya no pueden percibir ayudas públicas que distorsionen la competencia del mercado, salvo que se respete el “principio del inversor privado”, de forma que si no es verosímil que en las circunstancias de competencia propias del mercado de capitales un inversor privado financiara una actividad con el objetivo de obtener un beneficio económico, entonces la ayuda pública vulnera la competencia impuesta por la Unión Europea). Cabe huir del Derecho Público pero entonces también se huye del cómodo colchón financiero que resulta de contar con el amplio respaldo de los Presupuestos Generales del Estado (*ubi commodum, ibi ac incommodum*).

Ese principio del inversor privado es explicado en los siguientes términos por la Sentencia Boch del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986 (asunto 40/85): “(...) una forma apropiada de averiguar si la medida constituye ayuda de Estado es aplicar el criterio (...) consistente en determinar en qué medida la empresa sería capaz de obtener estos fondos en los mercados privados de capital. En el caso de una empresa cuyo capital está casi enteramente en manos de las autoridades públicas, se trata en particular de determinar si en circunstancias similares un accionista privado, con vistas a obtener un beneficio y prescindiendo de consideraciones sectoriales y de política social y regional, hubiera suscrito el capital en cuestión”.

Para verificar el juicio sobre el inversor privado conviene añadir un matiz, para distinguir los que buscan la rentabilidad a corto plazo, de aquellos otros inversores que gestionan su riesgo y ventura a medio o largo plazo. Es decir, la ayuda puede ser compatible con la competencia aunque el “inversor” que la otorga sólo busque rentabilidad a largo plazo, y a corto plazo acepte pérdidas económicas.

Esa dosificación del principio de inversor privado se describe por la jurisprudencia en los siguientes términos en la Sentencia de 21 de marzo de 1991 (asunto 305/89 -ALFA/FIAT-), y en la Sentencia de la misma fecha (dictada en el asunto 303/88 -Lanerossi-): “Un inversor privado puede inyectar nuevo capital para asegurar la supervivencia de una empresa que tiene que hacer frente a dificultades temporales, pero que, en su caso, tras una reestructuración, volverá a ser rentable. Durante un determinado tiempo, una empresa matriz también puede cargar con las pérdidas de una empresa filial para permitir a esta última retirarse del sector en las condiciones más favorables. Tales decisiones pueden estar motivadas no sólo por la posibilidad de obtener un beneficio directo, sino también por otras consideraciones, como el mantenimiento de la imagen de todo el grupo o para reorientar sus actividades. Sin embargo, cuando las nuevas inyecciones de capital son ajenas a toda posibilidad de rentabilidad, aun a largo plazo, esas inyecciones deben ser consideradas como ayudas”.

Una última precisión se refiere a la posibilidad de excluir la aplicación de las reglas comunitarias en materia de competencia cuando se ejerzan potestades públicas (por ejemplo las de vigilancia para evitar la contaminación ambiental, como sucede en las actividades de saneamiento y depuración de aguas residuales). En esas circunstancias, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1997 orilla la aplicación de las normas de competencia cualquiera que sea la naturaleza jurídica que revista la Administración Pública actuante (que puede ser la de una sociedad mercantil).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1997: “... la vigilancia anticontaminación (...) constituye una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo (...) De este modo, tal actividad de vigilancia, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas de poder público. No tienen carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado”.

Adjudicador” también deben ser analizados desde ese mismo enfoque, por lo que habrá de ponderarse la dosis de riesgo económico que asume el sujeto del sector público que celebra el contrato. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00, asunto SIEPSA), destaca la relevancia del criterio del riesgo empresarial (fj 80):

“constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante”.

Debe advertirse que no se enjuicia si un sujeto tiene un perfil industrial o mercantil; tampoco se analiza si sus actividades tienen ese carácter; lo que se examinan son “las necesidades que se pretenden satisfacer”. Es decir, el factor determinante no es de carácter subjetivo (¿quién actúa?); tampoco objetivo (¿qué hace?); la clave está en el elemento finalista del interés general y de las necesidades que se pretenden satisfacer (así se infiere de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005²⁰, 22 de mayo de 2003²¹, o la de 10 de noviembre de 1998²²; y así lo entendió también nuestro Consejo de Estado en el año 1995²³).

20 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03): *“Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer”.*

21 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de mayo de 2003 (conocida como *“caso Korhonen”*). Ese pronunciamiento se refiere a una sociedad mercantil de titularidad municipal creada para adquirir, vender y arrendar inmuebles, y para prestar servicios de gestión inmobiliaria. Se trataba de una sociedad anónima de la que es único accionista el Ayuntamiento de Varkaus (Finlandia). La concreta actuación que dio lugar al planteamiento de la cuestión ante el TJCE fue la contratación de los servicios de planificación y de construcción, en el marco de un proyecto inmobiliario relativo a la construcción de varios edificios de oficinas, así como de un edificio de estacionamiento cubierto de vehículos.

Uno de los ejes centrales del litigio fue determinar si, a efectos de la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación, esa sociedad municipal tiene la consideración de *“Organismo de Derecho Público”* creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Pues bien, a ese respecto, el Gobierno de Finlandia considera que se dan esas circunstancias, ya que *“el principal objetivo de dicha sociedad no consiste en generar beneficios mediante su actividad, sino en crear condiciones favorables para el desarrollo de actividades económicas en el territorio del municipio de Varkaus”* (epígrafe 38 de la Sentencia). Para contextualizar esa afirmación hay que tener en cuenta que la sociedad municipal había adquirido el terreno a precio de mercado, y que la financiación del proyecto era fundamentalmente asumida por el sector privado mediante préstamos hipotecarios (epígrafe 36). El Tribunal hace suyo ese criterio, y en los epígrafes 41, 42 y 45 de la Sentencia declara que la sociedad municipal satisface una necesidad de interés general y por tanto tiene la consideración de Organismo de Derecho Público:

“41.- Por lo que se refiere a la cuestión de si la actividad de que se trata en el litigio principal satisface una necesidad de interés general, procede observar que se desprende de la resolución de remisión que la actividad principal de Taitotalo consiste en adquirir, vender y arrendar bienes inmuebles así como en organizar y prestar servicios de gestión inmobiliaria y otras prestaciones accesorias que la administración de dichos bienes y partes sociales requiera. La operación llevada a cabo por Taitotalo en el litigio principal consiste, más exactamente, en contratar los servicios de planificación y de construcción en el marco de un proyecto inmobiliario relativo a la construcción de varios edificios de oficinas y de un edificio de estacionamiento cubierto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00, asunto SIEPSA), declara que la valoración acerca del carácter mercantil o no de la necesidad de interés general debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes, y en particular la existencia o ausencia de ánimo de lucro, o la existencia o falta de competencia en el mercado. A tal efecto hay que ponderar circunstancias como las siguientes: *i)* la falta de competencia del mercado; *ii)* la falta de ánimo de lucro como objetivo principal; *iii)* la no asunción de riesgos derivados de dicha actividad; *iv)* la eventual financiación pública de la actividad de que se trate²⁴.

42.- *En la medida en que dicha operación es resultado de la decisión adoptada por el Ayuntamiento de Varkaus de crear en su territorio un polo de desarrollo tecnológico y que el objetivo declarado de Taitotalo es adquirir el terreno a dicho Ayuntamiento una vez realizada la parcelación y poner los edificios recién construidos a disposición de la industria de alta tecnología, su actividad puede satisfacer efectivamente una necesidad de interés general (...).*

45.- *Puede considerarse que actividades como las que Taitotalo ejerce en el asunto principal satisfacen necesidades de interés general, en la medida en que pueden impulsar los intercambios así como el desarrollo económico y social del ente territorial de que se trate, dado que la implantación de empresas en el territorio de un municipio suele repercutir favorablemente en éste en relación con la creación de empleo, el aumento de los ingresos fiscales así como la mejora de la oferta y la demanda de bienes y servicios”.*

- 22 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, BFI Holding BV): *“... en sus distintas versiones lingüísticas se desprende que no tener carácter industrial o mercantil es un criterio que trata de precisar el concepto de necesidades de interés general en el sentido de dicha disposición (...). En efecto, si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento de la definición carecería de utilidad (...). Por consiguiente ... debe interpretarse en el sentido de que el legislador distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil”.*
- 23 Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1995 (expediente número 2718/95, relativo al régimen de contratación del ICEX): *“Lo que se discute es si reúne o no el requisito señalado con la letra “a)” en el precepto más arriba transcrito, a saber, que sea una de las entidades creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Y el motivo de la discrepancia, lo que da origen a dos enfoques de la cuestión radicalmente distintos, está en la diferente lectura que unos y otros hacen de ese requisito, pues mientras unos entienden que la oración de relativo “que no tengan carácter industrial o mercantil” se refiere a las entidades, otros, por el contrario, sostienen que es un complemento atribuible a las necesidades a satisfacer; son éstas -dicen- y no las entidades ni sus actividades las que deben tener (o no tener) carácter industrial o mercantil (...) el precepto que aquí se examina tiene un claro sentido literal y es que lo del carácter industrial o mercantil se predica de las necesidades, como sujeto próximo, no de las entidades que figuran en otra frase anterior”.*
- 24 En su fundamento jurídico 81 la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 declara que: *“la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”.*

Es esa línea general de principio se hace explícita en términos positivos el fundamento jurídico 82 de la misma Sentencia añade que *“si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil”.*

La jurisprudencia comunitaria declara que sólo queda excluida de ese régimen la contratación de los Organismos que desempeñen sus actividades en régimen de efectiva competencia, siempre que esta circunstancia sea un indicio de que realmente esas actividades no satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil, criterio que *“puede aplicarse a un organismo determinado, aunque empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades de éste, y que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir un organismo de Derecho público”* (Sentencia de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, BFI Holding BV)²⁵. Ahora bien, *“sin carecer totalmente de pertinencia, la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil”*, según precisa la Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/00, Adolf Truley GmbH).

A efecto de valorar si la actividad se desarrolla en régimen de efectiva competencia, cobra singular relevancia la existencia o ausencia de riesgo en situaciones de crisis empresarial. La necesidad de interés general no tiene carácter mercantil cuando la Administración impediría la situación concursal de la sociedad de titularidad pública. A esta cuestión se refiere la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de mayo de 2003 (asunto C-18/01, conocido como *“caso Korhonen”*)²⁶.

En cuanto a la finalidad orientada a satisfacer necesidades de interés general, no se exige que ese sea el objetivo único y exclusivo del Organismo. Como declara la Sentencia de 25 de enero de 1998 (asunto C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros): *“es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades (...) El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una*

25 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, BFI Holding BV): *“48. No obstante, debe destacarse que la existencia de competencia no carece totalmente de pertinencia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil. 49. En efecto, la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil”*.

26 A pesar de su extensión, interesa reproducir aquí lo declarado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de mayo de 2003:

“53.- En respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno finlandés indicó en la vista que, aunque sociedades como Taitotalo presentan, desde el punto de vista jurídico, pocas diferencias con las sociedades anónimas cuyo capital está en posesión de operadores privados, en la medida en que soportan los mismos riesgos económicos que éstas y pueden asimismo ser declaradas en quiebra, los entes territoriales a los que pertenecen rara vez permitirán que se llegue a tal situación y procederán, en su caso, a recapitalizar dichas sociedades a fin de que puedan continuar asumiendo las funciones para las que fueron creadas, a saber, esencialmente, la mejora de las condiciones generales para el ejercicio de actividades económicas en el ente territorial de que se trate.

54.- En respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia en la vista, el mismo Gobierno precisó además que, aunque no se podía descartar que las actividades de sociedades como Taitotalo generen beneficios, su obtención no puede en ningún caso constituir el objetivo principal de dichas sociedades, dado que, a tenor de la normativa finlandesa, éstas siempre están obligadas a fomentar de forma prioritaria el interés general de los habitantes del ente territorial interesado.

55.- En tales circunstancias, parece verosímil que una actividad como la que ejerce Taitotalo en el litigio principal pueda satisfacer una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, máxime cuando se da la circunstancia, como indica el órgano jurisdiccional remitente, de que la demandada en el litigio principal se benefició de una financiación pública para la realización del proyecto inmobiliario de que se trata en el procedimiento principal”.

parte relativamente poco importante de las entidades realmente emprendidas (...) tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer". Partiendo de esa premisa, la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, BFI Holding BV), declara que: *"Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa, en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo o «konzern» que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles".*

Por ilustrar con ejemplos concretos los criterios generales ya expuestos, tiene interés recordar aquí la Sentencia de 27 de febrero de 2003 (asunto C-373/00, Adolf Truley GmbH), en la que se declara lo siguiente: *"las actividades mortuorias y de pompas fúnebres pueden responder a una necesidad de interés general. La circunstancia de que un ente público territorial esté legalmente obligado a hacerse cargo de las exequias -y, en su caso, a asumir su coste-, en el supuesto de que nadie se ocupe de ello dentro de un determinado plazo tras la expedición del certificado de defunción, constituye un indicio de la existencia de tal necesidad de interés general".* Añade el Tribunal en esa misma Sentencia que, *"incluso en el supuesto de que los servicios mortuorios «en el sentido estricto del término» constituyan tan sólo una parte relativamente poco importante de las actividades que realiza una empresa de pompas fúnebres, esta circunstancia carece de pertinencia en la medida en que esa empresa atienda a necesidades de interés general. En virtud de reiterada jurisprudencia, en efecto, la condición de organismo de Derecho Público no depende de la importancia relativa, en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil".*

Por otro lado, sin necesidad de examinar si las empresas privadas podrían cubrir las mismas necesidades, el Tribunal declara que una imprenta del Estado satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, por cuanto que se creó para asumir con carácter exclusivo la impresión de documentos administrativos oficiales, de los cuales algunos tienen carácter confidencial, o están sujetos al cumplimiento de normas de seguridad, como los pasaportes, los permisos de conducir y los documentos de identidad, mientras que otros están destinados a la difusión de textos legales, reglamentarios y administrativos (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG y otros). Según concluye esa Sentencia: *"Por consiguiente, procede señalar que dicha entidad, en virtud de la legislación que la regula, ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil. En efecto, los documentos cuya impresión realiza la ÖS están estrechamente vinculados al orden público y al funcionamiento institucional del Estado, que exigen una garantía de abastecimiento y unas condiciones de producción que aseguren el cumplimiento de las normas de confidencialidad y seguridad".*

También es útil recordar aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, BFI Holding BV), en la que se declara que *"es indiscutible que la recogida y tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección de medio ambiente quizás se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante".*

Otro ejemplo ilustrativo es el que resulta de la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00), relativo a la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA)²⁷, pronunciamiento en el que se declara que el Reino de España incumple las Directivas, y el Tribunal llega a la conclusión de que esa sociedad satisface una necesidad de interés general que no tiene carácter mercantil. Según declara la Sentencia de 16 de octubre de 2003: *“... las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado (...) puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos”*²⁸.

En ese caso concreto el Tribunal también aplica el criterio de los riesgos económicos del mercado: *“... es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA”*.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sentencia de 16 de octubre de 2003 llega a la siguiente conclusión: *“En esas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos”*.

-
- 27 Según declara la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00): *“Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado (...) Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública”*.
- 28 Según declara la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00): *“88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad. 89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso de enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado”*.

4.5. ¿Qué naturaleza tienen los contratos que celebran los Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública?

Los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas sólo celebran contratos sujetos al Derecho Privado; nunca celebran contratos administrativos, según se infiere de lo establecido en el artículo 20.1 de la LCSP.

En relación a los Poderes Adjudicadores y en función de las reglas procedimentales aplicables en cada caso, se distinguen 2 clases de contratos de Derecho privado: *i)* sujetos a regulación armonizada; y, *ii)* no sujetos a regulación armonizada.

Los contratos de Derecho Privado que celebran los Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, están sujetos a un procedimiento de carácter administrativo para la selección del contratista y la adjudicación del contrato. Ahora bien, sólo cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada.

Por el contrario, los contratos no sujetos a regulación armonizada pueden celebrarse por los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública sin necesidad de seguir los procedimientos y reglas establecidos en la LCSP, aunque siempre habrán de hacerlo dando cumplimiento a los principios comunitarios que rigen la contratación pública.

4.6. ¿Qué normas se aplican a la adjudicación de contratos por quienes tienen la consideración de Poder Adjudicador, pero no tienen la consideración de Administración Pública?

En relación a esos sujetos hay que distinguir según se trate o no de un contrato sujeto a regulación armonizada (artículos 173 a 175 LCSP).

Si se trata de un *“contrato sujeto a regulación armonizada”* estamos ante un grado medio de aplicación de la LCSP, pues dejan de ser aplicables las disposiciones sobre el régimen general de publicación de las licitaciones y adjudicaciones, bastando la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (por lo que no es necesaria la inserción de anuncios en Diarios oficiales nacionales), y la inserción de la información en la plataforma de contratación. Entre otras, tampoco son aplicables otras normas, como las relativas a los criterios para apreciar el carácter anormal y desproporcionado de las ofertas, las relativas a la intervención de un comité de expertos para valorar los criterios subjetivos o las disposiciones en materia de formalización de los contratos.

Cuando se trata de la adjudicación de *“contratos que no están sujetos a regulación armonizada”*, descendemos a un grado bajo de aplicación de la LCSP a los sujetos que tienen la consideración de Poder Adjudicador, y que no son Administración Pública en sentido estricto. En ese caso la adjudicación del contrato debe someterse a los siguientes principios: *i)* publicidad; *ii)* concurrencia; *iii)* transparencia; *iv)* confidencialidad; *v)* igualdad y no discriminación.

Además, deben observar las instrucciones que rijan el procedimiento de contratación. Una de las novedades de la LCSP es la exigencia de que por los Poderes Adjudicadores se aprueben unas instrucciones de obligado cumplimiento que regulan el procedimiento de selección y adjudicación para garantizar la efectividad de los principios ya mencionados. Esas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en el proceso de selección, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

Hay que destacar que la LCSP sólo regula expresamente cómo se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad para aquellos contratos cuyo importe supere los 50.000 euros. Por encima de tal cantidad basta con insertar la correspondiente información sobre la licitación del contrato en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

Esta última dosis regulatoria de tan escasa densidad normativa fue criticada en el dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público), por considerar que no debería hacerse una *“distinción entre contratos por encima y por debajo del umbral comunitario, resultándoles de aplicación las mismas reglas respecto a la preparación y adjudicación”*.

Entre otras cuestiones, critica el Consejo de Estado que no se establezca algún recurso que permita impugnar en vía administrativa las instrucciones internas de procedimiento o los pliegos. En este punto hay que recordar que no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a la Jurisdicción Ordinaria, conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten respecto a la preparación y adjudicación de los contratos privados que no estén sujetos a regulación armonizada, y se celebren por un Poder Adjudicador (artículo 21.2 LCSP).

5.1. ¿Quiénes forman parte del sector público a efectos de la LCSP?; ¿quiénes son el sector público en sentido amplio?

En la LCSP cabe distinguir un concepto amplio y otro estricto del concepto “*sujetos del sector público*”.

Conforme a lo establecido en el artículo 3.1 de la LCSP, en sentido amplio, forman parte del sector público todos aquellos sujetos que gestionan fondos públicos, por lo que en esa categoría también se incluyen las Administraciones Públicas en sentido estricto y los Poderes Adjudicadores. La LCSP atribuye esa consideración a los siguientes sujetos:

SUJETOS DEL SECTOR PÚBLICO EN SENTIDO AMPLIO

Administraciones Públicas	<ul style="list-style-type: none"> - Estado. - Comunidades Autónomas. - Entidades de la Administración Local.
Administración Institucional	<ul style="list-style-type: none"> - Organismos Autónomos. - Entidades Públicas Empresariales. - Agencias estatales. - Autoridades Reguladoras Independientes. - Universidades públicas.
Sociedades mercantiles	<ul style="list-style-type: none"> - Siempre que la participación del sector público sea superior al 50 por ciento del capital.
Consortios	
Fundaciones	<ul style="list-style-type: none"> - Siempre que la aportación del sector público al patrimonio fundacional sea superior a su 50 por ciento.

SUJETOS DEL SECTOR PÚBLICO EN SENTIDO AMPLIO

Otros entes, organismos y entidades con personalidad jurídica	- Creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: i) financiación mayoritariamente pública. ii) control público de la gestión. iii) nombramiento público de más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
Asociaciones de entidades del sector público	
Seguridad Social	- Entidades gestoras. - Servicios comunes.
Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social	

En algún caso concreto, se ha cuestionado el acierto de la LCSP, por ejemplo, al calificar como sujetos que forman parte del sector público a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Conforme a lo establecido en artículo 67 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), esas mutuas son asociaciones sin ánimo de lucro que tienen la consideración de entidades colaboradoras del Sistema de la Seguridad Social. Hay que tener en cuenta que los ingresos que las mutuas obtengan como consecuencia de las primas de accidentes de trabajo aportadas a las mismas por los empresarios a ellas asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta.

Ahora bien, se podría incluso considerar que respecto a las mutuas la LCSP debería haberlas calificado como Poderes Adjudicadores, pues atendiendo a sus fines u objetivos, se trata de entidades creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil. Así lo estimó el Informe de la Abogacía del Estado de 27 de julio de 2005, y el dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público).

5.2. ¿Quiénes son los “otros sujetos” del sector público en sentido estricto?; ¿quiénes forman parte del sector público, pero no tienen ni la consideración de Administración Pública, ni la de Poder Adjudicador?

En sentido estricto (esto es, excluyendo a las Administraciones Públicas y a los Poderes Adjudicadores), el sector público está formado por:

- i) Las EPEs creadas para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil.

-
- ii) Las sociedades en las que la participación pública, directa o indirecta, sea superior al 50 por 100 del capital social, siempre que la sociedad se haya creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil. En este punto fue crítico el dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público), por considerar que, también deberían tener esa misma consideración las sociedades mercantiles vinculadas por formar parte de un mismo grupo empresarial, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (del Mercado de Valores). Con esa propuesta el Consejo de Estado buscaba la adopción de un criterio coherente con el que resulta de los apartados c) y d) del artículo 166.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (del Patrimonio de las Administraciones Públicas).
 - iii) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades, siempre que pueda considerarse que se ha creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil.
 - iv) Consorcios y asociaciones del sector público que satisfagan este tipo de necesidades.

5.3. ¿Qué naturaleza tienen los contratos que celebran los sujetos del sector público que no tienen la consideración de Administración Pública?

Estos sujetos del sector público sólo celebran contratos de Derecho Privado; nunca celebran contratos administrativos, así se infiere de lo establecido en el artículo 20.1 de la LCSP.

5.4. ¿Qué normas se aplican a quienes forman parte del sector público, pero no tienen la consideración ni de Administración Pública ni de Poder Adjudicador?

Quienes no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto, ni tampoco de Poder Adjudicador, pero formen parte del sector público, deben ajustarse en la adjudicación de los contratos a los siguientes principios (artículo 176 LCSP): *i)* publicidad; *ii)* concurrencia; *iii)* transparencia; *iv)* confidencialidad; *v)* igualdad y no discriminación.

A este respecto hay que destacar que en relación a las sociedades y fundaciones públicas, la vigente disposición adicional sexta del TRLCAP/2000 únicamente hace referencia a los principios de publicidad y concurrencia.

El artículo 176 de la LCSP también exige la elaboración de unas instrucciones internas de obligado cumplimiento, que regulen los trámites del procedimiento de selección y adjudicación, garantizando la efectividad de esos principios. Esas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación, y publicarse en el perfil de contratante de la correspondiente entidad.

El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP: contratos incluidos y negocios jurídicos excluidos

6

6.1. ¿Qué clases de contratos se regulan en la LCSP?

La LCSP no limita su ámbito de aplicación a los “*contratos de Derecho Administrativo*” (artículo 19), sino que parcialmente se aplica también a los “*contratos de Derecho Privado*” (artículo 20).

Al margen de esos dos tipos de negocios jurídicos, también hay que tener en cuenta otra categoría, que es la de los “*contratos sujetos a una regulación armonizada*” (artículo 13 de la LCSP), también llamados por la Directiva 2004/18 “*contratos públicos*”. A pesar de su denominación, en realidad se trata de contratos que respecto a la selección y adjudicación se rigen por el Derecho Administrativo, pero que respecto a su cumplimiento y extinción pueden estar sujetos, según las circunstancias, tanto al Derecho Privado, como al Derecho Administrativo.

Hay que precisar que mientras que la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado se realiza aplicando criterios sustantivos, la categoría de los llamados contratos sujetos a regulación armonizada se fundamenta en cuestiones estrictamente procedimentales que afectan a la selección del adjudicatario, y los principios que deben respetarse al convocar el proceso de selección y al optar por el adjudicatario.

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado son en todo caso contratos sujetos a regulación armonizada. Además también tienen esa naturaleza de contratos sujetos a regulación armonizada los que celebren los Poderes Adjudicadores, siempre que su valor estimado supere el umbral comunitario, y el objeto de las prestaciones consista en la explotación y/o construcción de una obra, la realización de un suministro, o la prestación de un servicio (de los incluidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP).

Así pues, la LCSP se aplica a 3 tipos de contratos: *i)* administrativos; *ii)* sujetos a regulación armonizada; y *iii)* privados.

ÁMBITO OBJETIVO LCSP

Contratos administrativos	Contratos sujetos a regulación armonizada	Contratos de Derecho Privado
---------------------------	---	------------------------------

En función de 2 variables, la LCSP establece hasta 4 niveles distintos de intensidad en la aplicación de la Ley. Esas variables son: *i)* la tipología de los contratos por razón de su objeto; y *ii)* el precio del contrato. En atención a esas variables, se pueden distinguir los siguientes niveles o grados de aplicación de la LCSP:

GRADO DE APLICACIÓN LCSP	TIPO DE CONTRATO
Máximo	Contrato celebrado por una Administración Pública, especialmente si se trata de un contrato administrativo
Medio	Contrato sujeto a regulación armonizada no adjudicado por una Administración Pública
Bajo	Contrato celebrado por un poder adjudicador (no Administración Pública) y que no alcanza el umbral comunitario
Mínimo	Contrato de Derecho Privado

6.2. ¿Qué aspectos del contrato se regulan en la LCSP?

Respecto a los “*contratos sujetos a una regulación armonizada*” y los “*contratos de Derecho Privado*” (incluidos los adjudicados por Administraciones Públicas que no sean administrativos), la LCSP regula: *i)* el procedimiento de preparación del contrato; *ii)* los trámites de selección de los contratistas; y *iii)* los criterios de adjudicación.

En relación a los “*contratos administrativos*”, además de regular el nacimiento de la relación obligatoria (la preparación del contrato y la selección del adjudicatario), la LCSP también establece el régimen aplicable a la vida de la relación obligatoria (cumplimiento, interpretación, modificación, extinción, resolución o anulación del contrato).

TIPO DE CONTRATO	MATERIAS REGULADAS EN LCSP
Contratos administrativos	- Preparación, selección y adjudicación
	- Cumplimiento, interpretación, modificación, extinción, resolución o anulación del contrato
Contratos sujetos a regulación armonizada no adjudicados por las Administraciones Públicas	- Preparación, selección y adjudicación
Contratos de Derecho Privado (incluidos los adjudicados como tales por una Administración Pública)	- Preparación, selección y adjudicación

6.3. ¿Están sujetas a la LCSP todas las relaciones obligacionales en las que la Administración es parte?

La LCSP no abarca todas las relaciones jurídicas obligatorias concertadas por las Administraciones o el sector público. Conforme a lo establecido en su artículo 4, están excluidos de la LCSP algunos negocios y relaciones jurídicas, como por ejemplo: *i)* la que vincula a la Administración con los funcionarios y contratados laborales; *ii)* los convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas; *iii)* los contratos celebrados con los usuarios de servicios públicos que estén sujetos al pago de una tarifa, tasa o precio público; *iv)* los contratos de servicios financieros (emisión de valores o de otros instrumentos financieros); *v)* los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación; ó *vi)* los contratos “*in house*”, por los que una Administración Pública encarga una prestación a una personificación instrumental que tenga la consideración de medio propio o servicio técnico de la Administración matriz.

Ese listado es simplemente ilustrativo, pues hay muchos otros negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley que se detallan en el artículo 4 de la LCSP.

6.4. ¿Qué nuevas exclusiones ha introducido la LCSP?

Además de las relaciones jurídicas y los negocios que ya eran excluidos por el TRLCAP/2000, ahora la LCSP ha añadido nuevos supuestos de exclusión (normalmente a efectos aclaratorios). Por ejemplo, y entre otros, cabe destacar aquí los siguientes: *i)* los negocios jurídicos que tengan por objeto bienes inmuebles (ya impliquen compraventa, donación, permuta, arrendamiento o cualquier otro negocio válido en Derecho); *ii)* las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público; *iii)* los contratos de explotación de bienes patrimoniales que no sean un contrato de concesión de obra pública; *iv)* los contratos sobre propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador; y *v)* los contratos de servicios y suministro que celebren los Organismos Públicos de Investigación, cuando tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica, o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico, y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de competencia competitiva.

6.5. ¿Cuál es el régimen de los negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP?

Para responder ese interrogante hay que tener en cuenta que los vínculos obligacionales excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP tienen naturaleza heterogénea, hasta el punto de que alguno no tiene en rigor la naturaleza propia de un negocio jurídico contractual, como sucede en el vínculo que une a los funcionarios públicos con la Administración.

Por otro lado, entre los negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, los hay que tienen naturaleza administrativa (como los convenios de colaboración), y otros son contratos de Derecho Privado (como sucede con los patrimoniales de enajenación de inmuebles).

El artículo 4.2 de la LCSP se limita a establecer que *“los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”*.

En ese conjunto de circunstancias cabe decir que, en primer término, hay que estar a la autorregulación pactada por las partes. En lo que no esté expresamente pactado habrá que aplicar, según corresponda, la legislación administrativa sectorial o la propia del Derecho Privado. En el tercer escalón y con carácter supletorio, se aplicará la LCSP²⁹.

En el caso concreto de los convenios de colaboración hay que destacar que su objeto no es en rigor el intercambio de prestaciones patrimoniales, sino en desarrollo de una actividad en común. Entre otras particularidades, en los convenios de colaboración no cabe la resolución unilateral, que en cambio es uno de los rasgos distintivos de los contratos administrativos de contenido patrimonial³⁰.

6.6. ¿Están sujetas a la LCSP las autorizaciones y concesiones demaniales?

Por regla general, las autorizaciones y concesiones demaniales se rigen por su legislación sectorial (desde la más general como la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, a la más específica en materia de puertos, costas, aguas continentales etc.).

Ahora bien, en algunos puntos concretos expresamente identificados por la Ley, se aplica la LCSP.

6.7. ¿En qué casos se excluyen los contratos “in house” del ámbito de aplicación de la LCSP?

Entre los negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, tienen singular relevancia los contratos internos o domésticos (artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP). Se trata de

29 Dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 1999 (número 4405/1998): *“Los convenios de colaboración (a que se refiere el artículo 6 de la Ley 30/1992) están fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por tanto, se regirán principalmente por la propia regulación paccionada y las normas administrativas especiales que resultaren de aplicación, sin perjuicio de que se les apliquen supletoriamente los principios y reglas generales inspiradoras de la contratación administrativa”*.

Dictamen del Consejo de Estado de 17 de octubre de 1996 (número 3137/1996): *“Los convenios de colaboración suscritos en materia de viabilidad, definición y desarrollo de un avión civil de transporte son auténticos contratos a tenor del artículo 1254 del Código Civil sobre los que recae una superposición de regímenes jurídicos. Estos convenios están fuera de ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Estado, sin perjuicio de que se apliquen supletoriamente las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos”*

30 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (ponente Juan José González Rivas): *“Aunque tienen estos Convenios ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto corresponden a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinados objetivos orientados a una específica finalidad, rebasan o exceden el específico concepto del contrato (...) Estos Convenios no pueden suponer alteración o renuncia de las propias competencias legalmente atribuidas (...) La Sentencia de instancia ha apreciado, con total corrección jurídica, que ninguna de las partes en el Convenio en cuestión tenían las prerrogativas propias de una Administración contratante en el ámbito de la contratación administrativa y reconoce que la parte recurrente en casación resuelve unilateralmente un convenio administrativo, de carácter tripartito, lo que determina la estimación del recurso, criterio que procede confirmar”*.

una figura contractual ajena a la sistemática de los ordenamientos codificados de la Europa continental, pues en la delimitación del perfil de ese tipo de contrato no hay una regla general y uniforme, sino una compleja acumulación de reglas particulares.

Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que el acuerdo pueda reputarse excluido es necesario que: *i)* la Administración Territorial ejerza sobre la entidad o sociedad mercantil un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (en ese sentido, por ejemplo, quien recibe el encargo no tiene margen de negociación sobre el precio y las condiciones económicas); y *ii)* que la sociedad realice la parte esencial de su actividad en la Administración que la controla³¹.

En cuanto a la dosis de control, basta con que sea “análogo”, pues no se exige que sea “idéntico” al que se ejerce sobre los propios servicios. Si se trata de sociedades, se exige además la titularidad pública de la totalidad de las acciones o participaciones representativas de su capital. Al no haber control sobre las empresas mixtas análogo al que ejerce la Administración sobre sus propios servicios, no hay ni contratación “*in house*” ni encomienda de gestión. En consecuencia, cuando la participación pública en el capital sea mayoritaria, la celebración de contratos por empresas mixtas deben someterse a la LCSP³², y por tanto a los procedimientos de licitación y criterios de adjudicación en ella establecidos.

Se considera que un Poder Adjudicador matriz ostenta sobre un sujeto filial un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios, si puede conferirle encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para el sujeto filial, de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante (normalmente en las normas o actos de creación del sujeto filial), y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa.

Añade el artículo 24.6 de la LCSP que la condición de medio propio y servicio técnico de un Poder Adjudicador matriz que cumpla con esos requisitos, debe establecerse expresamente por la norma que cree al sujeto filial o por sus estatutos. Además, esas normas deben identificar de qué Poder Adjudicador matriz dependen, y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir, o las condiciones en que podrán encomendárseles la realización de las prestaciones. Esas normas también deben establecer de forma expresa la imposibilidad de que el sujeto filial participe en licitaciones públicas convocadas por los Poderes Adjudicadores de que dependa (sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, la matriz pueda encargar a la filial la ejecución de la prestación objeto de tales licitaciones).

Hay un vínculo de carácter doméstico (“*in house*”) siempre y cuando el objeto de las prestaciones sea diferente a los contratos sujetos a las Directivas comunitarias (según resulta de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005, por la que se condena al Reino de España).

31 Entre otras, Sentencias de 19 de abril de 2007 (asunto Tragsa), 11 de mayo de 2006 (asunto Cabotermo y Consorzio Alisei), 10 de noviembre de 2005 (asunto Comisión contra Austria), 13 de enero de 2005 (asunto Comisión contra España), 11 de enero de 2005 (asunto Stadt Halle y RPL Lochau), y de 18 de noviembre de 1999 (asunto Teckal).

32 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03, relativo al Ayuntamiento de Halle).

7.1. ¿Existe la figura del contrato administrativo en todos los Estados que forman parte de la Unión Europea?

Hay algunos Estados miembros de la Unión Europea que, en relación a los contratos en los que es parte la Administración Pública, diferencian los que se rigen por el Derecho Privado y los que se someten al Derecho Administrativo (así sucede en España, Francia o Bélgica). Es decir, la Administración puede ser parte no sólo de contratos privados sujetos a la Jurisdicción Civil, sino que también puede ser parte de contratos administrativos sometidos a control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ahora bien, hay otros ordenamientos en los que no existe la figura del contrato administrativo. Así sucede en Alemania o Italia, donde todos los contratos celebrados por la Administración están regulados por las mismas normas de Derecho Privado, y siempre sometidos a los mismos Tribunales ordinarios que cuando las dos partes del contrato son particulares. Es decir, no es universal ni necesaria la figura de un contrato regulado por normas especiales de Derecho Administrativo y controlado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

7.2. ¿En qué se diferencia un contrato administrativo y un contrato de Derecho Privado?

La identificación de cuáles son los contratos administrativos típicos se realiza a partir de las prestaciones que son objeto del contrato (artículo 19.1.a) de la LCSP), y la de los contratos administrativos atípicos teniendo en cuenta su objeto propio del giro o tráfico de la Administración, o la finalidad, directa e inmediatamente vinculada a intereses públicos (artículo 19.1.b) de la LCSP).

Por otro lado, en términos sustantivos la diferencia entre los contratos administrativos y los de Derecho Privado estriba en la existencia o ausencia de potestades unilaterales de carácter exorbitante.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que la naturaleza del contrato no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la denominación que le hayan dado las partes³³, por lo que aunque esas partes dispongan que el contrato es de Derecho Privado, habrá que estar a lo que resulte de su verdadera naturaleza con arreglo a su objeto y finalidad³⁴. O a la inversa, pues como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1996 (ponente Jaime Barrio Iglesias): *“sin que a ello se oponga el que en el contrato suscrito se califique a éste de administrativo, pues las cosas son lo que son y no lo que se las denomina”*.

En los llamados *“contratos administrativos”*, además de un procedimiento público de selección y adjudicación, el órgano de contratación está investido de prerrogativas exorbitantes cuyo ejercicio se rige por el Derecho Administrativo y está sujeto al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En virtud de esas prerrogativas, el órgano de contratación puede imponer su decisión al adjudicatario de forma unilateral y ejecutoria, en todo lo que afecta al cumplimiento, interpretación, modificación, extinción, resolución o anulación del contrato. El rasgo diferencial de los contratos administrativos es la titularidad de esas potestades exorbitantes de carácter unilateral. Por tanto, aunque un contrato persiga fines de interés general, no tendrá naturaleza administrativa si una de las partes del contrato no es una Administración Pública investida de esas prerrogativas. Sólo las Administraciones Públicas en sentido estricto pueden ser titulares de prerrogativas contractuales, por lo que sólo ellas pueden celebrar contratos administrativos, quedando pues al margen los demás Poderes Adjudicadores y otros sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública.

En los *“contratos de Derecho Privado”*, los sujetos del sector público, los Poderes Adjudicadores y las Administraciones Públicas en sentido estricto, no tienen esas prerrogativas o potestades exorbitantes durante la vida o cumplimiento de contrato (que se desarrolla en condiciones de igualdad entre las partes), pero para su adjudicación deben ajustarse a los procedimientos administrativos establecidos para cada caso en la LCSP, que regula la preparación del contrato, la selección del contratista y los criterios de adjudicación.

7.3. ¿Qué prerrogativas ostentan las Administraciones Públicas cuando celebran contratos administrativos?

El artículo 194 de la LCSP confiere al órgano de contratación las siguientes prerrogativas o potestades unilaterales de decisión ejecutoria: i) la interpretación de los contratos; ii) la resolución de las dudas que plantee el cumplimiento del contrato; iii) la modificación del contrato por razones de interés público; y iv) la resolución del contrato y determinación de los efectos de la resolución.

33 Dictamen del Consejo de Estado de 13 de febrero de 1997 (número 3666/1996): *“La naturaleza de un contrato celebrado por la Administración Pública no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la denominación que le hayan dado las partes, sino en consideración a su objeto y finalidad. Esta cuestión no es irrelevante, dado el juego de prerrogativas de la Administración en el supuesto de los contratos administrativos”*.

34 Sentencia de la Sala de lo Civil el Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999 (ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

7.4. ¿Qué significado tiene el carácter exorbitante de las prerrogativas contractuales de las Administraciones Públicas?

La atribución de potestades unilaterales de carácter exorbitante es el criterio para distinguir los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado celebrados por las Administraciones Públicas. En atención a los fines de interés general perseguidos mediante la celebración del contrato, el ordenamiento confiere a la Administración prerrogativas y privilegios en el cumplimiento, modificación, interpretación, resolución o anulación del contrato. También en el seno de la relación jurídica contractual la Administración disfruta de una posición de supremacía que puede gestionar en régimen de *autotutela administrativa* (que permite a la Administración modificar el “*statu quo*” jurídico sin necesidad de recabar la tutela judicial para declarar o ejecutar lo que es Derecho).

Mientras que en caso de conflicto entre los particulares que son parte de un contrato, la resolución por incumplimiento sólo puede declararse por un Tribunal (*heterotutela judicial*), la Administración puede resolver por sí misma el contrato sin necesidad de ningún pronunciamiento judicial (con la particularidad de que esa decisión administrativa se presume válida y produce efectos de forma directa e inmediata). Lo mismo ocurre cuando el conflicto entre las partes se refiere a la interpretación, la modificación o la anulación del contrato, efectos que la Administración puede imponer de forma unilateral en virtud del privilegio de decisión ejecutoria.

Los fines de interés general justifican la aparición de ciertas modulaciones del vínculo contractual, modulaciones que como es típico en los medios de que se sirven las Administraciones Públicas, implican privilegios en más pero también en menos. La desigualdad se manifiesta no sólo en un posición de mayor poder, sino también en más trabas y sujeciones. A diferencia de las empresas o administraciones privadas, las Administraciones Públicas no pueden elegir a los contratistas libremente y a su antojo, sino que deben hacerlo a través de un procedimiento que se sustancia para comprobar cuál es el contratista idóneo para la satisfacción del interés público que se persigue con el contrato. La Administración Pública está investida del privilegio que la habilita para modificar unilateralmente el contrato y para imponer la obligatoriedad de esa modificación al contratista en los términos fijados por la Ley; pero pesa sobre ella la obligación de garantizar al contratista el equilibrio económico de las prestaciones.

Esa primacía de una de las partes del contrato tiene su cabal explicación en la preeminencia de los fines perseguidos por las Administraciones Públicas, fines que en términos de causa del contrato son los que justifican y prestan fundamento a la desigualdad de las partes. Existe una indisoluble vinculación entre medios y fines, entre los medios privilegiados utilizados por la Administración y el cumplimiento de los fines de interés público que le son propios.

Para ilustrar el alcance de las prerrogativas resulta indicado poner un ejemplo, como el privilegio de interpretación unilateral de los contratos. Si en un contrato celebrado entre particulares se plantea una duda sobre el significado de una cláusula, y las partes hacen lecturas discrepantes y enfrentadas, sólo un Tribunal puede resolver esa controversia jurídica. Aunque la Administración sea parte del contrato, lo mismo ocurre si el negocio jurídico se rige por el Derecho Privado. Cuando la Administración celebra con una entidad bancaria un contrato de préstamo, o suscribe una póliza con una compañía de seguros, actúa como un particular y por ello las controversias entre las partes del contrato respecto a la interpretación de las cláusulas deben ser siempre resueltas por los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.

Frente a ese régimen de tutela judicial, las dudas interpretativas que puedan suscitarse durante la ejecución de un contrato administrativo pueden ser unilateralmente resueltas por la Administración, que está habilitada por la Ley para establecer la interpretación “auténtica” de lo pactado. Con fundamento en la “autotutela declarativa” ese entendimiento de las cláusulas contractuales surte efectos directos e inmediatos (transformando el “*statu quo*” jurídico mientras no se interponga un recurso judicial y los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa declaren cuál el significado de la estipulación controvertida). Se considera que cuando surge una discrepancia interpretativa la ejecución del contrato administrativo no puede ser suspendida hasta que el Tribunal dirima y resuelva la controversia, pues esa demora sería contraria al interés general; el cumplimiento de un contrato orientado a satisfacer los intereses generales no puede ser demorado o suspenderse su ejecución so pretexto de la oscuridad de las cláusulas pactadas. Por ello, debe estarse al criterio de la Administración (“*autotutela administrativa*”), mientras no sea contradicho por una Sentencia (“*heterotutela judicial*”).

Teniendo en cuenta la presunción de validez que protege el acto que dicta la Administración para interpretar el contrato, y la deferencia judicial por las decisiones discrecionales de la Administración (el margen de apreciación del significado semántico de palabras del contrato que no son unívocas sino abiertas y ambiguas), no es fácil que el particular adjudicatario del contrato consiga doblegar la exégesis oficial formulada por la Administración.

7.5. ¿Qué contratos tienen naturaleza administrativa y confieren prerrogativas exorbitantes?

Dentro de esa categoría se distinguen los contratos administrativos típicos y los atípicos o especiales. Además, hay que tener en cuenta los que tienen carácter mixto por combinar prestaciones características de distintos contratos administrativos.

CLASES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Típicos	Atípicos o especiales	Mixtos
---------	-----------------------	--------

En particular, conforme a lo establecido en el artículo 19.1.a) de la LCSP son “*contratos administrativos típicos*” los que tienen por objeto: *i)* la ejecución de obras públicas; *ii)* la concesión de explotación de obras públicas; *iii)* la gestión o explotación de servicios públicos; *iv)* el suministro; *v)* los servicios; ó *vi)* la colaboración entre el sector público y el sector privado.

Junto a los contratos administrativos típicos, el artículo 19.1.b) de la LCSP regula los “*contratos administrativos atípicos*” (también denominados contratos administrativos especiales), que se identifican por atender de forma directa e inmediata una finalidad pública característica del ámbito competencial de la Administración contratante, teniendo un objeto distinto al de los contratos administrativos típicos³⁵. Dicho ello, interesa poner algún ejemplo ilustrativo de la

35 Dictamen del Consejo de Estado de 11 de octubre de 1995 (número 1100/1995): “*Tanto la Ley de Contratos de Estado de 1965 como la de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 -que deroga*

categoría de los contratos administrativos atípicos o especiales. Aunque por regla general la compraventa de un inmueble por una Administración Pública es un contrato de Derecho Privado excluido del ámbito de aplicación de la Ley (artículo 4.1.p) de la LCSP), cuando se celebra con finalidades urbanísticas merece la consideración de contrato administrativo especial (siempre y cuando sea parte del contrato una Administración Pública investida de prerrogativas exorbitantes)³⁶. También ha sido calificado como es contrato administrativo atípico el que celebra un Ayuntamiento para que un particular aproveche temporalmente un coto de caza de titularidad municipal, o el que celebra una Diputación Provincial al adjudicar a un empresario particular la gestión y explotación de una plaza de toros.

Además se pueden celebrar “*contratos mixtos*” que combinen las prestaciones de los contratos administrativos, si bien la figura del contrato mixto no se ciñe en la LCSP a la fusión de prestaciones propias de contratos administrativos. En ese caso, la adjudicación del contrato se regirá por las normas aplicables a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (artículo 12 de la LCSP).

Según el enfoque más tradicional, las prestaciones que incorpora un contrato mixto no pueden ser las propias de un contrato administrativo y las de un contrato privado. Según ese enfoque, en un contrato mixto sólo cabe combinar en un solo contrato prestaciones de carácter administrativo, pero no se puede celebrar un contrato mixto que mezcle prestaciones de Derecho Administrativo con otras de Derecho Privado. Es decir, el contenido de las prestaciones contractuales es mixto, pero el régimen jurídico aplicable es unitario (Informes de la JCCA de 12 de noviembre de 1999³⁷ y de 11 de marzo de 2005³⁸). Un mismo contrato no puede estar a la vez sometido al Derecho Privado y al Derecho Administrativo respecto

la anterior- se ajustaron al criterio tradicional (que distingue entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, adoptando para calificar los primeros dos reglas: una que se refiere al objeto del contrato, y otra referida al giro o tráfico propio de la Administración contratante. La Ley de 17 de marzo de 1973 introdujo una tercera categoría, la de los contratos administrativos especiales, ya por declaración expresa de una Ley o por estar directamente vinculados al servicio público o requerir una especial tutela del interés público. A partir de los denominados «contratos especiales», que aun no siendo administrativos por razón del objeto podrían serlo en atención a su finalidad, se produjo el fenómeno de expansión de los contratos administrativos”.

- 36 Dictamen del Consejo de Estado de 11 de octubre de 1995 (número 1100/1995): “*El contrato de compraventa de bienes inmuebles es un contrato eminentemente civil, cuyo régimen jurídico se encuentra disciplinado en los artículos 1445 y siguientes del Código Civil. No obstante, como se infiere del artículo 4.2 de la Ley de Contratos su raíz civil no es óbice para una eventual calificación del contrato como «administrativo especial» cuando así lo declare una Ley o la causa del vínculo contractual esté ligada al desenvolvimiento regular de un servicio público o cuando su objeto haga precisa la tutela del interés público. Al socaire de esta previsión, la jurisprudencia ha venido calificando como contratos administrativos especiales algunos de compraventa de inmuebles, en atención al fin público incorporado a la causa del contrato (SSTS de 15 de junio de 1976 y 28 de mayo de 1980)”.*
- 37 Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 43/99, de 12 de noviembre de 1999, relativo a una consulta formulada por la Oficina Española de Patentes y Marcas:
“3. En cuanto al primer extremo consultado -si es posible convocar un concurso para la adquisición del suelo, del proyecto con su licencia de obra y de actividades y la ejecución de la obra- la contestación negativa se impone por la consideración fundamental de que se trata de la acumulación de un contrato privado -la adquisición del suelo- y típicos contratos administrativos -la elaboración de proyectos y ejecución de obras- sometidos a regímenes jurídicos distintos que imposibilitan la aplicación de un único régimen jurídico y la plasmación en los pliegos, como definidores de los derechos privados y obligaciones de las partes, de criterios de derecho privado y de derecho administrativo para un solo contrato (...)

al régimen de modificación o de resolución del contrato, pues el Derecho Administrativo atribuye unas prerrogativas exorbitantes que no existen en el ámbito de la contratación privada, y un contrato no puede estar doblemente sujeto al control de la Jurisdicción Civil y la Contencioso-Administrativa.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que *“podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás”* (artículo 2.1 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). Cuando las prestaciones tienen naturaleza heterogénea por ser unas de carácter público y otras de naturaleza privada, no cabe agruparlas en un vínculo unitario de carácter contractual. Habrá dos contratos distintos (uno administrativo y otro privado), pero no autónomos, porque podrán estar enlazados por la causa justificativa del nexo complejo que los anuda.

7.6. ¿Qué novedades introduce la LCSP respecto a los contratos mixtos?

En relación a esos contratos mixtos, la LCSP introduce una novedad que merece ser destacada, pues no impone el criterio de la absorción para todas las cuestiones, y deja abierta la posibilidad de aplicar parcialmente el criterio de la yuxtaposición. El TRLCAP/2000 establece el criterio de la absorción, por lo que las prestaciones con mayor importancia desde el punto de vista económico determinaban el entero régimen aplicable al contrato mixto (*“para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen”*); en cambio ahora con la LCSP esas prestaciones de mayor importancia sólo determinan *“las normas que deban observarse en su adjudicación”*.

Conviene precisar que aunque la LCSP únicamente regula con carácter imperativo el régimen jurídico de adjudicación del contrato, ello no significa que ese mismo criterio de absorción

4. En cuanto a la segunda cuestión planteada -convocatoria de un concurso para la adquisición de suelo y convocatoria de otro para la elaboración del proyecto y ejecución de obra- la solución se ajusta al ordenamiento jurídico, ya que la adquisición del suelo tendrá la consideración de contrato patrimonial que se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación por la Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento y supletoriamente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicándose supletoriamente en cuanto a sus efectos y extinción las normas del derecho privado y el concurso para la elaboración de proyectos y ejecución de obras es un contrato mixto administrativo, que se rige íntegramente, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y que está expresamente previstos en el artículo 86.a) y en el artículo 122 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

- 38 Informe de la JCCA 72/04, de 11 de marzo de 2004, relativo a una consulta formulada por el Ayuntamiento de Santa Margalida (Tol 696248): *“En el supuesto que se plantea se pretende obtener un resultado de ejecución de obra mediante una opción que se aprecia contraria a tal sistema, toda vez que coincidiendo la existencia de la necesidad señalada se acude a una figura en la que se mezclan contratos administrativos, contrato de obras y contratos de servicios, con contratos privados, contrato de cesión de superficie y contrato de arrendamiento de un bien inmueble, que sin embargo no será utilizado por el arrendatario, para satisfacer sus propias necesidades sino para satisfacer necesidades o servicios del propio Ayuntamiento, que al parecer, después de construido el edificio a costa de un tercero ajeno a la Administración, pasa a ser arrendador. Sin perjuicio de señalar que tal opción es un claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos tipo, carece en todo caso de viabilidad por la dicción literal del artículo 6 que respecto de los contratos mixtos exige que los contratos que se contratan conjuntamente sean de la misma naturaleza administrativa, lo que impide la concurrencia de contratos administrativos y contratos privados”.*

no se pueda aplicar también al cumplimiento y extinción del contrato. En ese punto, la LCSP ni impone ni excluye que en la práctica pueda utilizarse tanto la teoría de la yuxtaposición (por lo que respecto al cumplimiento y extinción a cada prestación se le aplicará el régimen jurídico que le corresponda), pero tampoco orilla que el pliego opte por la llamada teoría de la absorción o unificación del régimen jurídico, ajustándolo al de la prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico. El artículo 99.2 de la LCSP difiere la concreción del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato mixto a los correspondientes pliegos si bien, en cuanto al fondo del contrato, se aprecia una ligera inclinación por la teoría de la yuxtaposición al indicar que los pliegos atenderán a las *“normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas”*.

Otra novedad digna de ser destacada es la relativa a los límites del principio de libertad de pactos en la combinación de prestaciones. Conforme a lo establecido en el artículo 25.2 LCSP, sólo pueden fusionarse prestaciones correspondientes a distintos contratos cuando se encuentren directamente vinculadas entre sí, y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad, o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante. Se trata de evitar así la licitación y adjudicación de contratos en los que se incluyen distintas prestaciones que no guardan ninguna relación entre sí, y que, conforme a este criterio, deberían adjudicarse de forma separada.

7.7. ¿Qué novedades introduce la LCSP respecto a los contratos administrativos atípicos?

Al igual que sucedía con el TRLCAP/2000, la LCSP establece que los contratos administrativos atípicos o especiales se rigen con carácter preferente por su propia normativa sectorial, y supletoriamente se aplica el régimen común establecido en la LCSP.

Ahora bien, la LCSP ya no hace referencia expresa a una exigencia que imponía el TRLCAP/2000, conforme al cual, en cualquier caso, como mínimo en el Pliego de cláusulas administrativas de los contratos administrativos atípicos o especiales debía constar: *i)* el carácter de contratos administrativos especiales; *ii)* las garantías provisionales y definitivas; *iii)* las prerrogativas; *iv)* el alcance de las prórrogas (sin que pueda producirse la prórroga por mutuo consentimiento tácito); *v)* las causas específicas de resolución; y *vi)* la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La LCSP guarda silencio sobre esa exigencia que imponía el TRLCAP/2000, por lo que podría interpretarse que la ha suprimido, resultando de aplicación las normas específicas del contrato administrativo especial (de existir), y en caso contrario, con carácter supletorio habrá que tener en cuenta el contenido obligatorio de los pliegos que se establezca al desarrollar reglamentariamente la LCSP.

7.8. ¿Qué contratos son de Derecho Privado aunque los celebre algún sujeto del sector público?

Los contratos de Derecho Privado pueden identificarse bien por razón del sujeto del sector público que los celebra, bien por razón del objeto del contrato.

Por un lado, del artículo 20.1 de la LCSP se infiere que con independencia del objeto del contrato, no están sujetos al Derecho Administrativo, sino al Derecho Privado, los efectos y extinción de los contratos celebrados por los sujetos del sector público que no tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto (como sucede por ejemplo con las sociedades de titularidad pública, pues aunque forman parte del sector público, a efectos de la LCSP no tienen la consideración de Administración Pública por no estar investidas de prerrogativas exorbitantes). Tampoco son contratos administrativos los celebrados con una fundación pública, pues no está investida de esas prerrogativas unilaterales y ejecutorias.

Por otro lado, el contrato puede ser de Derecho Privado por razón de su objeto. Hay que tener en cuenta que las Administraciones Públicas investidas de prerrogativas exorbitantes pueden celebrar tanto contratos administrativos como contratos de Derecho Privado (párrafo segundo del artículo 20.1 de la LCSP). El contrato es de Derecho Privado cuando su vinculación con finalidades públicas sea *“indirecta o mediata”*; ahora bien, pues sólo es de Derecho Administrativo cuando ese nexo es *“directo e inmediato”* (artículo 19.1.b) de la LCSP). Por ejemplo, tienen la consideración legal de contratos de Derecho Privado los de creación e interpretación artística y literaria, o la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

7.9. ¿Qué novedades introduce la LCSP respecto a la competencia jurisdiccional para conocer de las controversias en materia de contratos?

La principal novedad es la matización de la tradicional teoría de los actos separables, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora esa teoría de los actos separables sólo se aplica a: *i)* los contratos sujetos a regulación armonizada; y *ii)* los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas (pero no se aplica a los celebrados por los demás sujetos del sector público que no tengan la consideración de Poder Adjudicador).

Ahora, con la LCSP los factores relevantes para determinar la distribución de competencias jurisdiccionales son los siguientes: *i)* la naturaleza del contrato (administrativa, de Derecho Privado, o sujeto a regulación armonizada); *ii)* la naturaleza del sujeto del sector público (Administración Pública en sentido estricto, Poder Adjudicador y otros sujetos distintos del sector público).

El artículo 21.1 de la LCSP amplía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al atribuirle el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación a los actos de preparación, selección y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada y, en consecuencia, a contratos que celebren todos los Poderes Adjudicadores, concepto que engloba a entidades distintas a las Administraciones Públicas en sentido estricto.

La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa alcanza al control de los contratos administrativos, tanto los *“contratos típicos o nominados”* (obras, gestión de servicios, suministro, servicios, concesión de obra pública, colaboración con el sector privado), como los *“atípicos o innominados”* que tengan naturaleza administrativa especial (por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración Pública que sea parte del contrato). En el marco de la LCSP, la manera de agotar la vía administrativa previa de recurso será doble; cuando se trate de contratos que estén sujetos a regulación armonizada, procede interponer el recurso especial introducido *“ex novo”* por la

LCSP; cuando se trate de un contrato que no está sujeto a regulación armonizada, procede interponer el recurso de alzada o el potestativo de reposición que proceda en aplicación de los criterios generales establecidos en la Ley 30/1992.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no tiene competencia en relación a los efectos, al cumplimiento o la extinción de los contratos de naturaleza privada celebrados por las Administraciones Públicas (por lo que la resolución de esas controversias corresponde a la competencia de la Jurisdicción Civil, según resulta de lo establecido en el artículo 21.2 de la LCSP). Ahora bien, antes del nacimiento o celebración de esos contratos privados, la Administración Pública debe cumplir con exigencias competenciales y procedimentales reguladas por el Derecho Administrativo. Por ello, el Derecho separa por un lado los actos de preparación y adjudicación (el nacimiento del contrato privado que se rige por el Derecho Administrativo y se someten a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), y por otro los actos de cumplimiento, ejecución, interpretación, modificación, anulación o extinción (la vida del contrato privado que se somete al Derecho Privado y a la Jurisdicción Civil).

Lo mismo ocurre respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada (incluidos los contratos subvencionados). Es decir, también corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación a la preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada.

En cambio, corresponde a la Jurisdicción Civil la competencia para conocer de las siguientes controversias (artículo 21.2 de la LCSP): *i)* las relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas u otros sujetos de sector público; *ii)* las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados que no estén sujetos a regulación armonizada, y se celebren por sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMVA.	JURISDICCIÓN CIVIL
Contratos administrativos (preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción)	
Contratos sujetos a regulación armonizada (preparación y adjudicación)	Contratos sujetos a regulación armonizada no adjudicados por Administraciones Públicas (efectos, cumplimiento y extinción)
Contratos privados de las Administraciones Públicas (preparación y adjudicación)	Contratos privados de las Administraciones Públicas (efectos, cumplimiento y extinción)
	Contratos privados que no estén sujetos a regulación armonizada y se celebren por sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública (preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción)

8.1. ¿Qué es un contrato sujeto a regulación armonizada?

Cuando se calcula el valor económico de los contratos adjudicados por las Administraciones Públicas, se descubre que estamos ante un sector clave del mercado económico y de vital importancia para la competencia empresarial (que se eleva al 13 por ciento del PIB según expresa el Consejo Económico y Social en su dictamen de 20 de febrero de 2006, relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público). Por ello, en relación a los contratos que son más relevantes por razón del valor económico de sus prestaciones, la Unión Europea ha dictado Directivas orientadas a garantizar que las empresas de cualquier Estado miembro puedan competir en condiciones de igualdad de oportunidades por la adjudicación de los contratos celebrados por los Poderes Adjudicadores.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento de algunos Estados que forman parte de la Unión Europea no existe la figura del contrato administrativo (así sucede no sólo en Gran Bretaña, sino también en Alemania o Italia). Ello explica la terminología utilizada por las Directivas de la Unión Europea, que se refieren a los “*contratos públicos*”. El significado de esa figura es imponer un régimen de transparencia e igual concurrencia en la selección de los contratistas por quienes tienen la consideración de “*Poder Adjudicador*” (expresión que se utiliza para designar a las personas jurídicas del sector público, tanto las entidades matrices como las filiales).

El artículo 13 y concordantes de la LCSP utiliza la expresión “*contrato sujeto a regulación armonizada*” para designar a los negocios jurídicos que la Directiva 2004/18 denomina “*contratos públicos*”. En el ámbito de la Unión Europea se llama “*contrato público*” o “*contrato sujeto a regulación armonizada*” a los que tienen carácter oneroso, y se celebran por escrito entre un Poder Adjudicador y un operador económico, siempre y cuando tengan por objeto, obras, concesión de obras públicas, suministros, servicios, y el importe de las prestaciones contractuales esté por encima de las cuantías establecidas por la Directiva 2004/18. Por debajo de los umbrales comunitarios deja de ser un contrato sujeto a regulación armonizada, y pasará a ser un contrato administrativo o un contrato de Derecho Privado (en función del sujeto que lo celebre y cuál sea su objeto). Finalmente, con independencia de los umbrales

comunitarios, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado siempre es un contrato sujeto a regulación armonizada.

Aunque sea un juego de palabras, el llamado “*contrato público*” comunitario puede ser en realidad un contrato privado en el ordenamiento estatal (en el sentido de que no incluye cláusulas exorbitantes en el cumplimiento, interpretación o resolución del contrato). Es decir, en el lenguaje comunitario el término “*contrato público*” no alude a la naturaleza administrativa o privada del contrato (la igualdad de las partes del contrato, o la supremacía de una de ellas investida de prerrogativas exorbitantes), sino al régimen de selección del adjudicatario y de nacimiento del contrato. La Directiva 2004/18 no establece reglas respecto a la vida del contrato sujeto a regulación armonizada (el cumplimiento, interpretación, modificación, o extinción de los contratos), pero regula el procedimiento de contratación, así como el régimen de selección y adjudicación del contrato. El carácter público del contrato se refiere a las exigencias de publicidad y concurrencia, y al procedimiento administrativo seguido para la selección del operador económico al que se adjudica el contrato sujeto a regulación armonizada.

Dejando al margen la cuestión procedimental, desde la perspectiva sustantiva y en todo lo que afecta a su cumplimiento, interpretación, modificación, extinción, resolución o anulación, el contrato sujeto a regulación armonizada puede estar sujeto tanto al Derecho Administrativo como al Derecho Privado. Únicamente se tratará de un contrato administrativo cuando su objeto satisfaga de forma directa e inmediata un interés general, y lo celebre un Poder Adjudicador que tenga la consideración de Administración Pública en sentido estricto.

8.2. ¿Qué principios informan la celebración de contratos sujetos a regulación armonizada?

En relación a los contratos públicos o sujetos a regulación armonizada, las reglas comunitarias de la Directiva 2004/18 inciden en cuatro elementos:

i) la *transparencia* (que se garantiza imponiendo la obligación de publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea la convocatoria del proceso de selección de contratistas cuando el precio del contrato sujeto a regulación armonizada está por encima de determinadas cuantías fijadas en la Directiva);

ii) la *concurrencia* de los aspirantes en condiciones de *igualdad de oportunidades* (por lo que no pueden ser excluidos por razón de su nacionalidad, o imponiendo en el pliego de contratación condiciones técnicas que creen obstáculos injustificados a la igual competencia);

iii) en caso de igualdad de las ofertas, cabe elegir el que además la oferta cumpla con *algunos objetivos comunitarios*, por ejemplo, fines sociales (al subcontratar una parte de las prestaciones con una empresa que trabaja con discapacitados), o fines ambientales (cuando las prestaciones se realizaran empleando materiales reciclados);

iv) el establecimiento de un régimen de *garantías mínimas* necesarias para hacer efectivas las demás reglas aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada (interposición de recursos, adopción de medidas cautelares, indemnización de los daños y perjuicios al aspirante al que se ha privado indebidamente de la oportunidad real de ser adjudicatario).

8.3. ¿Cuáles son los contratos que están sujetos a una regulación armonizada?

No hay un criterio único que sirva para identificar con claridad y precisión cuáles son los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 13 y siguientes de la LCSP). Son factores relevantes: *i)* que un Poder Adjudicador sea parte del contrato; *ii)* el valor económico de las prestaciones que son objeto del contrato; y *iii)* el objeto del contrato.

En línea general de principio, son contratos sujetos a regulación armonizada los que celebra un Poder Adjudicador; ahora bien, también tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada algunos celebrados por quienes no son un Poder Adjudicador, como sucede en el caso concreto de los contratos subvencionados. En ocasiones, el valor económico de las prestaciones contractuales es el criterio determinante de que estemos ante un contrato sujeto a regulación armonizada (así ocurre cuando el objeto del contrato es la construcción y/o explotación de obras públicas, la realización de suministros, o la prestación de servicios). Otras veces, con independencia del valor estimado del contrato, su consideración como contrato sujeto a regulación armonizada viene determinada por razón de su objeto (es el caso del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado).

Más en concreto, y desde un punto de vista objetivo, están sujetos a regulación armonizada, pero sólo cuando su valor estimado sea igual o superior a los “*umbrales comunitarios*” (las cuantías determinadas por las Directiva 2004/18), los siguientes contratos: *i)* ejecución de obras públicas; *ii)* concesión de explotación de obras públicas; *iii)* suministro; *iv)* algunos contratos de servicios (como por ejemplo, los de transporte, telecomunicaciones, financieros, estudios y encuestas de opinión pública, o limpieza de edificios, entre otros muchos).

La Directiva 2004/18 identifica los umbrales mínimos de la cuantía de las prestaciones contractuales, a partir de las cuales se considera que se trata de un contrato público o sujeto a regulación armonizada. No hay una cifra única para cada tipo de contrato, y para evitar una exposición farragosa baste con indicar aquí las grandes cifras.

CONTRATO	OBRAS Y CONCESIÓN DE OBRAS PUBLIC.	SUMINISTROS	SERVICIOS	SUBVENCION.
Umbral comunitario	5.278.000 euros	137.000 euros (Administración del Estado)	137.000 euros (Administración del Estado)	5.278.000 euros
		211.000 euros (CC AA, EE LL, y resto de Poderes)	211.000 euros (CC AA, EE LL, y resto de Poderes)	211.000 euros

Con independencia de cuál sea el valor estimado de sus prestaciones, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado siempre están sujetos a la regulación armonizada que en transposición de la Directiva 2004/18 establece la LCSP.

Desde la perspectiva de los sujetos que son parte del contrato, la situación es ciertamente compleja, pues hay una cierta superposición entre los contratos administrativos y los con-

tratos sujetos a regulación armonizada. Por ejemplo, un contrato de ejecución de obras públicas cuyo importe supere los umbrales comunitarios que se celebre por una Administración Pública investida de prerrogativas exorbitantes, es al mismo tiempo un contrato administrativo y un contrato sujeto a regulación armonizada. En cambio, si ese mismo contrato lo celebra un Poder Adjudicador que no tenga la consideración de Administración Pública en sentido estricto, estaremos ante un simple contrato sujeto a regulación armonizada que se registrará por el Derecho Privado.

Aunque ninguna de las partes del contrato sea un Poder Adjudicador, son igualmente contratos sujetos a una regulación armonizada los llamados “*contratos subvencionados*”. En líneas generales, tienen esa consideración los contratos de obras o los de servicios que, de forma directa, sean subvencionados en más de un 50 por ciento de su importe por entidades que tengan la consideración de Poderes Adjudicadores.

Lo mismo sucede en el caso de algunos contratos relacionados con la elaboración de proyectos o la construcción de hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios, o de edificios de uso administrativo. Aunque se trate de negocios jurídicos celebrados entre dos particulares, a efectos comunitarios tienen la consideración de “*contratos públicos*” cuando sean subvencionados directamente por la Administración en más del 50 por 100 de su importe (siempre y cuando el precio del contrato de obra o de asistencia técnica esté por encima del umbral establecido por la Unión Europea).

Finalmente, a efectos comunitarios también pueden tener la consideración de “*contratos públicos*” algunos celebrados entre dos particulares (es decir, ninguna de las partes del contrato es una Administración Pública). Así sucede en el caso de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de transporte terrestre, aéreo, marítimo o fluvial, servicios postales o de suministro (de agua, electricidad o gas), cuando quien adjudica el contrato es un particular que tiene derechos exclusivos (en virtud de una concesión administrativa), o derechos especiales en la prestación de servicios (así sucede, por ejemplo, cuando el prestador del servicio es beneficiario de una servidumbre forzosa, o en ocasiones del ejercicio por la Administración de la potestad de expropiación forzosa)³⁹. Aunque se trate de contratos regidos por el Derecho Privado y celebrados entre particulares, en su nacimiento o celebración deben respetarse las reglas que impone la Unión Europea para garantizar la existencia de un mercado abierto y competitivo. Estos últimos contratos no se regulan en la LCSP, sino en la otra Ley de contratación pública, convencionalmente llamada de los “*sectores excluidos*” (Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

8.4. ¿Qué régimen se aplica a los que no alcanzan el umbral de los contratos sujetos a regulación armonizada, pero son celebrados por un Poder Adjudicador?

En relación a los contratos que vaya a celebrar un Poder Adjudicador que no tenga la consideración de Administración Pública en sentido estricto, y que por razón de su objeto

39 Hay que tener en cuenta que, conforme al considerando 25 de la Directiva 2004/17, por sí sola la expropiación forzosa no se considera un derecho especial.

y del sujeto serían contratos sujetos a regulación armonizada, pero que por razón de su precio no alcanzan el umbral comunitario, la adjudicación está sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (artículo 175 LCSP).

La clave de la adjudicación de esos contratos está en las instrucciones internas pero de obligado cumplimiento que la LCSP obliga a elaborar. Los órganos de contratación de los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública, deben aprobar unas instrucciones que regulen el procedimiento de contratación, de forma que se asegure el cumplimiento de los principios que se acaban de mencionar, para que el contrato se adjudique a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. En el caso del sector público estatal, se exige un informe de la Abogacía del Estado previo a su aprobación. Esas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en el procedimiento de adjudicación, y publicarse en el perfil de contratante del Poder Adjudicador.

Por otro lado, hay que destacar que las exigencias de publicidad se entienden cumplidas con la inserción en el perfil contratante del Poder Adjudicador, de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros (sin perjuicio de que las instrucciones internas puedan arbitrar otras modalidades de difusión de carácter alternativo o adicional). Es decir, no se exige la inserción de un anuncio en un Boletín o Diario Oficial.

De esa descripción se infiere la parquedad y la generalidad con que la LCSP ha regulado la selección y adjudicación de este tipo de contratos. Tan escasa regulación fue criticada por el dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006), por estimar que no debería hacerse una *“distinción entre contratos por encima y por debajo del umbral comunitario, resultándoles de aplicación las mismas reglas respecto a la preparación y adjudicación”*.

9.1. ¿Qué novedades introduce la LCSP en relación al contrato de obra pública?

Dejando al margen lo que afecta a los procedimientos de selección y adjudicación del contrato, algunas de las novedades que la LCSP introduce en relación al contrato de obra pública son las siguientes: *(i)* el régimen de las obras a tanto alzado y con precio cerrado; *(ii)* el plazo para expedir la certificación de final de obra; y *(iii)* la cuantía de los contratos menores.

9.2. ¿Cuáles son las especialidades aplicables a las obras contratadas a tanto alzado y con precio cerrado?

Cuando la naturaleza del contrato así lo permita, el pliego de condiciones administrativas particulares puede establecer el sistema de retribución a tanto alzado sin existencia de precios unitarios. El sistema de retribución a tanto alzado puede configurarse como de precio cerrado (de hecho, esta es la única alternativa directamente regulada en la LCSP), y en ese caso, el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable, incluso en el supuesto de que se introduzcan modificaciones en el contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto de obra. Aunque por esos ajustes el adjudicatario no tenga derecho a compensación alguna, sigue teniendo derecho a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se dispongan con el fin de atender nuevas necesidades, o de incorporar a la obra nuevas funcionalidades que no estaban previstas en el proyecto originario.

El artículo 126 del TRLCAP/2000 también establecía la posibilidad excepcional de celebrar contratos de obra a tanto alzado, pero remitía al Reglamento la determinación de las circunstancias y las condiciones en que se podían celebrar esos contratos. Ahora bien, en la LCSP la contratación de obras a tanto alzado con precio cerrado sólo se admite cuando concurren las siguientes circunstancias expresamente establecidas en el artículo 216.3 de la LCSP:

- i)* que así lo prevea el pliego de condiciones administrativas particulares; precisa la Ley que el pliego puede establecer que algunas unidades o partes de la obra se excluyan de ese sistema de precio cerrado y se abonen por precios unitarios;
- ii)* las unidades de obra que tengan un precio cerrado deben estar previamente definidas en el proyecto de obra, y haberse replanteado antes de la licitación; es más, el órgano de contratación debe garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubiquen las obras, a fin de que puedan realizar las comprobaciones que consideren oportunas, con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas;
- iii)* que el precio cerrado correspondiente a esas unidades de obra sea abonado mensualmente, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes que corresponda guarde con el total de la unidad o elemento de la obra de que se trate;
- iv)* en el supuesto de que el pliego admita la presentación de variantes o mejoras sobre determinados elementos o unidades de obra, se exige que tales variantes o mejoras hayan sido expresamente ofertadas bajo la modalidad de precio cerrado; en este último caso, los licitadores están obligados a incluir en su oferta un proyecto básico, con el contenido que se determine en el pliego. Hay que tener en cuenta que, como consecuencia de la aprobación de ese proyecto, el precio del contrato o el plazo de ejecución no puede experimentar variaciones.

9.3. ¿Cuál es ahora el plazo para expedir la certificación final de la obra?

Con arreglo al artículo 147.1 del TRLCAP/2000, el plazo para expedir la certificación final de la obra era de 2 meses, contados a partir de la recepción de la obra.

Ahora el artículo 218.1 de la LCSP establece que ese plazo es de 3 meses, también contados a partir de la recepción de la obra.

9.4. ¿Cuál es el precio máximo de la obras que ahora tienen la consideración de contrato menor?

En el marco del TRLCAP/2000, la cuantía del contrato menor de obras no podía exceder de 30.050,61 euros (IVA incluido).

Ahora el artículo 122.3 de la LCSP eleva esa cuantía máxima a 50.000 euros (IVA excluido).

9.5. ¿Se pueden seguir financiando las obras públicas mediante el otorgamiento al contratista de una concesión de dominio público?

En principio, la LCSP parece excluir esta posibilidad. Esa novedad fue introducida en el TRLCAP/2000, por la Ley 13/2003, de 23 de mayo (reguladora del contrato de concesión de obras públicas). En los casos en que la obra pública no fuera susceptible de explotación, se permitía otorgar al contratista una concesión de dominio público en el área de influencia de la obra. En la LCSP ya no está prevista esa fórmula de financiación.

10.1. ¿Qué novedades introduce la LCSP en relación al contrato de concesión de obra pública?

Dejando al margen lo que afecta a los procedimientos de selección y adjudicación del contrato, algunas de las novedades que la LCSP introduce en relación al contrato de concesión de obra pública son las siguientes: *i)* el objeto del contrato; *ii)* los sujetos que pueden celebrarlo; *iii)* la duración máxima; y *iv)* la ausencia de una regulación “*ad hoc*” del régimen jurídico de la financiación privada.

10.2. ¿Cuál es el objeto del contrato de concesión de obra pública regulado por la LCSP?

En el marco del TRLCAP/2000, el contrato de concesión de obra pública podía tener por objeto, tanto la construcción de una nueva obra y su posterior explotación, como la simple explotación de obras o infraestructuras ya existentes.

Esta última posibilidad ha sido excluida por la LCSP, que ahora define a la concesión de obra pública como el contrato que tiene por objeto la realización de una obra, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, a cambio del derecho a explotar la obra, o de ese derecho acompañado del de percibir un precio.

10.3. ¿Qué sujetos pueden celebrar un contrato de concesión de obra pública?

Una de las especialidades que respecto al contrato de concesión de obra pública se incluían en el TRLCAP/2000, era su aplicación a todas las entidades de derecho público, “*cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación*” (artículo 220.5).

Ahora se califican como contratos administrativos (artículo 19.1.a) LCSP), de donde resulta que sólo pueden celebrar el contrato de concesión de obra pública los sujetos del sector público que tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto. En ese sentido, por ejemplo, una EPE no podría, en principio, celebrar este tipo de contrato de concesión con las potestades que al concedente reconoce la LCSP. Esta delimitación de los sujetos que pueden celebrar un contrato administrativo de concesión de obra pública puede plantear problemas prácticos en ámbitos concretos, como sucede por ejemplo en el caso de las Autoridades Portuarias o Puertos del Estado, y obligará a valorar con atención la relación en este punto entre la LCSP y ciertas regulaciones sectoriales (puertos, ferrocarriles) que prevén claramente el otorgamiento de concesiones de obras públicas por EPEs.

Como esa conclusión es ciertamente llamativa, resulta conveniente hacer alguna reflexión adicional para buscar fundamento jurídico a la celebración por EPEs de contratos de concesión de obra pública. Una de las claves para que el contrato sea administrativo es la existencia de prerrogativas exorbitantes, como las establecidas en el artículo 232.1 de la LCSP para el contrato de concesión de obra pública. En la medida en que las EPEs puedan ostentar tales potestades, podrán celebrar un contrato administrativo de concesión de obra pública. Si bien es cierto que las EPEs pueden estar investidas de ese tipo de potestades unilaterales (artículos 53.2 y 54 de la Ley 6/1997, no es menos cierto que la LCSP ha optado por excluir a esas Entidades del concepto estricto de Administración Pública. Pues bien, de esa calificación resulta la consecuencia de que todos los contratos celebrados por EPEs deben reputarse contratos privados, según se infiere del artículo 20.1 de la LCSP, a cuyo tenor: *“Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”*.

En conclusión, la opción del legislador de excluir a las EPEs del concepto estricto de Administraciones Públicas puede comportar ventajas, pero también acarrea inconvenientes (*“ubi commodum, ibi ac incommodum”*), por ejemplo, no poder celebrar contratos administrativos de concesión de obra pública, con las potestades públicas exorbitantes que la LCSP otorga al concedente en este tipo de contratos. Sí podrán celebrar contratos de objeto análogo, pero sin esas potestades exorbitantes, salvo que sean de algún modo reintroducidas por vía estrictamente contractual.

10.4. ¿Cuál es la duración máxima de un contrato de concesión de obra pública?

En el marco del TRLCAP/2000, las concesiones de *construcción y explotación* de obras públicas se otorgan por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares (que no puede exceder de 40 años). Las concesiones de *explotación* de obras públicas se otorgan por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra y la inversión a realizar (debiéndose justificar expresamente el establecimiento de un plazo superior a 15 años, sin que en cualquier caso pueda exceder de 20 años). Los plazos fijados en los pliegos de condiciones pueden ser prorrogados o reducidos de forma expresa hasta el límite establecido en la Ley. Los plazos fijados en los pliegos de condiciones pueden ser potestativamente prorrogados hasta los 60 y 25 años (para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulización).

Como ya se ha anticipado, ahora la LCSP reduce el objeto del contrato a la construcción y explotación de obras públicas, y establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecen su duración, que no puede exceder de 40 años (artículo 244 LCSP).

En cuanto a la posibilidad de prórroga, ahora sólo se admite para aquellos casos en que concurren las siguientes circunstancias (artículo 241.3 LCSP): *i)* que deba restablecerse el equilibrio económico del contrato para causas de fuerza mayor, o cuando la Administración determine de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión; *ii)* que la retribución del concesionario provenga en más de un 50 por ciento de las tarifas abonadas por los usuarios.

En esa combinación de circunstancias se admite la prórroga de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de la duración inicial (por lo que en los supuestos más generosos en los que la duración inicial se extienda al límite máximo de los 40 años, la prórroga sólo puede tener una duración de 6 años).

Distinta es la solución legal en el caso concreto de Navarra, donde la duración del contrato de concesión de obra pública no puede exceder de 30 años, sin perjuicio de que, para restablecer el equilibrio económico del contrato, el plazo fijado en el pliego pueda ser prorrogado hasta los 50 años (artículo 142 de la Ley Foral 6/2006, norma que se describe en el apartado 39 de este mismo estudio introductorio), posibilidad esta última que puede resultar difícilmente compatible con la nueva normativa básica estatal.

10.5. ¿Qué novedades establece la LCSP respecto a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública?

Ninguna; es más, se da la circunstancia singular de que pervive el régimen especial de financiación establecido en los artículos 253 a 260 del TRLCAP/2000. Pese a que la nueva Ley deroga ese Texto Refundido, declara expresamente que los únicos preceptos que conservan vigencia son los ya citados (disposición derogatoria única.a) de la LCSP).

Ahora bien, la disposición final décima de la LCSP contiene un mandato dirigido al Gobierno, para que dentro del plazo de 1 año contado desde la entrada en vigor de la nueva Ley, remita al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley que regule las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de las garantías que puede aplicarse a esa financiación.

11.1. ¿Qué novedades introduce la LCSP en relación al contrato de gestión de servicios públicos?

Dejando al margen lo que afecta a los procedimientos de selección y adjudicación del contrato, algunas de las novedades más relevantes que la LCSP introduce en relación al contrato de gestión de servicios públicos son las siguientes: *i)* el restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante prórrogas; y *ii)* la exigencia por la Administración del pago de un canon.

11.2. ¿Qué novedades establece la LCSP en materia de restablecimiento del equilibrio económico?

El artículo 163.3 del TRLCAP/2000 establecía que cuando las modificaciones del contrato afectasen al régimen financiero del contrato, la Administración debía compensar al contratista para mantener el equilibrio de los supuestos económicos considerados como básicos en la adjudicación. Ocurre que ese Texto Refundido no detallaba, ni los concretos supuestos en los que procedía restablecer el equilibrio económico, ni tampoco a través de qué formulas podía instrumentarse esa compensación.

De forma semejante a la sistemática del contrato de concesión de obras públicas, el artículo 258.4 de la LCSP establece los supuestos en los que la Administración debe restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda. Debe repararse que el reequilibrio económico puede favorecer o perjudicar a ambas partes (Administración y concesionario). Las circunstancias que legitiman el restablecimiento del equilibrio económico del contrato son las siguientes: *i)* cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado; *ii)* cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato; y *iii)* cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

La novedad del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos dispuesto en la LCSP que quizá es más relevante, es la previsión expresa de la posibilidad de prórroga del contrato como instrumento de reequilibrio económico del contrato, si bien en determinados supuestos. La Ley precisa que podrán utilizarse para el reequilibrio económico las siguientes medidas (artículo 258.5 LCSP): *i)* la modificación de las tarifas que deben abonar los usuarios; *ii)* la reducción del plazo de duración del contrato; *iii)* la prórroga del contrato por un período que no exceda del 10 por ciento de la duración inicial, respetando los límites máximos de duración del contrato establecidos en la Ley; y *iv)* en general, en la modificación cualquiera de las cláusulas económicas del contrato.

En relación a la prórroga, precisa la Ley que sólo será admisible cuando la obligación de restablecer el equilibrio venga determinada por: *a)* causas de fuerza mayor; o *b)* actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. Es decir, que no cabrá utilizar este mecanismo cuando el desequilibrio se deba a la modificación por la Administración de las características del servicio por razones de interés público.

11.3. ¿Qué novedades hay en la LCSP en materia de las obligaciones generales del adjudicatario del contrato de gestión de servicio público?

El TRLCAP/2000 establecía que el adjudicatario podía estar obligado, en su caso, a abonar a la Administración un canon o participación (el artículo 158.1 se refería al *“canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración, cuando así procediera”*).

Ocurre que esa coletilla final ha sido ahora suprimida, por lo que cabría interpretar que siempre debe abonarse el canon o participación, toda vez que el artículo 117.1 de la LCSP alude al *“canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración”*, que deberá fijarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin perjuicio de la posibilidad de que, si así se establece en el pliego, pueda ser elevado al alza por los licitadores.

Dicho ello, hay que reconocer que se trata de un cambio o modificación abierto a distintas interpretaciones, toda vez que el verbo no se emplea en su modo imperativo sino subjuntivo (*“hubiera”*), por lo que se puede argumentar que no estamos ante una prestación necesaria o inexorable, sino potencial o potestativa, en atención a las particulares circunstancias de cada caso.

11.4. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los conciertos de prestación de asistencia sanitaria o farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)?

Se trata de una cuestión que había generado dudas durante la vigencia del TRLCAP/2000 (en relación a las prestaciones del INSALUD en favor de los beneficiarios de la Seguridad Social)⁴⁰. Ahora, la disposición adicional vigésima de la LCSP establece que se trata de contratos

40 Informe de la JCCA 37/95, de 24 de octubre de 1995: *“En resumen y como consecuencia de las conclusiones positiva y negativa que han quedado expuestas se puede afirmar que los contratos que tienen por objeto prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, que celebra el Insalud,*

de gestión de un servicio público, tanto los celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, como los concertados por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos u otros sujetos de Derecho.

11.5. ¿Está obligado el adjudicatario del contrato de gestión de un servicio público a subrogarse en la posición contractual de las relaciones laborales del anterior explotador del servicio público?

En el marco del TRLCAP/2000 se planteaba la cuestión práctica de si podía incluirse en el pliego de condiciones administrativas particulares el régimen de subrogación en las relaciones laborales de las que fuera parte el anterior gestor del servicio. La respuesta era que esa cuestión quedaba fuera del régimen de la contratación administrativa y había de resolverse aplicando la normativa laboral⁴¹.

Ahora el artículo 104 de la LCSP mantiene ese criterio de fondo, pero refuerza el derecho de los licitadores a obtener información. Establece ese precepto que en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación debe facilitar a los licitadores (en el propio pliego, o en la documentación complementaria), la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Precisa la LCSP que la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar, y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, está obligada a proporcionar esa información a requerimiento del órgano de contratación.

merecen el calificativo de contratos de gestión de servicios públicos y que, por ello, pueden ser encomendados a particulares en su modalidad de concierto”.

41 Informe de la JCCA 31/99, de 30 de junio de 1999: *“Ante todo, en cuanto a la cuestión que se suscita -posibilidad de incluir en los pliegos la subrogación en relaciones laborales-, debe afirmarse que no se trata de una cuestión de contratación administrativa, sino de una cuestión afectante a las relaciones laborales de las empresas que no puede ser resuelta con aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino con la aplicación de la legislación laboral vigente, pues tratándose de la subrogación de una empresa adjudicataria de un contrato con la Administración en los contratos laborales de la empresa que anteriormente venía ejecutando el contrato es evidente que la solución afirmativa o negativa a tal posibilidad debe derivarse de la legislación laboral”.*

12.1. ¿Qué diferencia hay entre el contrato de suministro y el contrato de ejecución de una obra?

Si el contrato de ejecución de obras tiene por objeto bienes inmuebles, el contrato de suministro se refiere a bienes o cosas muebles (mesas y sillas, papel y material de oficina, fotocopadoras, ordenadores y otros equipos de ofimática, coches y otros vehículos a motor, etc.).

El contrato de suministro tiene un perfil amplio y difuso, pues en esa figura se incluyen los contratos que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento (con o sin opción de compra), o la adquisición de productos o bienes muebles.

12.2. ¿Qué naturaleza tiene el contrato que la Administración celebra para la construcción de un buque?; ¿y el que tiene por objeto la adquisición de un animal?; ¿qué decir cuando se adquiere un cuadro para un museo público?

En todos esos casos se trata de contratos de suministro, conclusión que no se altera porque en un caso se trate de un semoviente⁴², en el otro haya prestaciones de construcción del buque⁴³, o se trate de la adquisición de una obra de arte⁴⁴.

42 Informe de la JCCA 21/98, de 30 de junio de 1998: "No obstante lo anterior, a efectos calificadores para supuestos similares, puede hacerse la indicación de que los semovientes, según los arts. 333 y 335 del Código Civil, tienen la consideración de bienes muebles, que su adquisición por la Administración, por tanto, encaja en la definición del contrato de suministro (...) y así lo confirma el art. 239 del RGCE que debe considerarse vigente en la parte que declara que la adquisición de semovientes se regirá por las normas del contrato de suministro".

43 Informe de la JCCA 51/97, de 2 de marzo de 1998: "Calificado el contrato para la construcción de un barco como contrato de suministro, en su modalidad de suministro fabricación, pueden ser descartadas las

12.3. ¿Qué novedades introduce la LCSP en relación al contrato de suministro?

Es el contrato que menos modificaciones ha experimentado. Dejando al margen lo que afecta a los procedimientos de selección y adjudicación del contrato, algunas de las novedades que la LCSP introduce en relación al contrato de suministro son las siguientes: (i) la expresa regulación del régimen de traslación de riesgo; o (ii) el importe máximo de los contratos menores.

12.4. ¿Qué novedades establece la LCSP respecto a la recepción de los bienes objeto del suministro?

Mientras que el artículo 185 TRLCAP/2000 guardaba silencio a ese respecto, ahora el artículo 268.4 LCSP establece que, una vez recibidos de conformidad por la Administración los bienes o productos perecederos, ésta es responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos. El régimen de responsabilidad por vicios o defectos está ahora regulado en el artículo 274 LCSP.

12.5. ¿Cuál es el importe máximo de los contratos menores de suministro?

En el marco del TRLCAP/2000, el importe máximo de los contratos menores de suministro era de 12.020,24 euros (IVA incluido).

Ahora, la Ley amplía esa cuantía para los contratos de suministro hasta los 18.000 euros, excluido el IVA (artículo 122.3 LCSP).

dos alternativas restantes que se consignan en el escrito de consulta. La configuración de este contrato como contrato de obras choca frontalmente con la naturaleza de bien mueble del barco que resulta del art. 585 del Código de Comercio, sin que en el caso concreto de la contratación exista modificación o restricción alguna (como por ejemplo sucede a efectos de hipoteca naval, art. 1 de la Ley de 21 de agosto de 1893), habiendo tenido en cuenta la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas las semejanzas del contrato con el contrato de obras, al permitir la aplicación en determinadas normas de este último, lo que no altera su calificación. En cuanto a la configuración como relación administrativa no tipificada, parte del supuesto de que el contrato no pudiera ser incluido en alguno de los tipos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que no sucede en el presente caso en el que el contrato, por lo razonado, debe configurarse como suministro en su modalidad de fabricación”.

- 44 Informe de la JCCA 55/99, de 21 de diciembre de 1999: “El régimen de adquisición de bienes muebles por Organismos autónomos, carácter que concurre en los Museos Nacional del Prado y del Arte Reina Sofía, es el establecido para los suministros en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de un lado, porque los Organismos autónomos quedan sujetos, según su art. 1, plenamente a la Ley y, de otro lado, porque la adquisición de bienes muebles, en general, sin que deba hacerse restricción alguna por tratarse de obras de arte o bienes de carácter cultural, encaja en la caracterización del suministro”.

12.6. ¿Qué problemas prácticos suele plantear el contrato de suministro?

Una de las circunstancias más habituales es la identificación del bien objeto de suministro mediante la mención de una marca concreta, sin abrir el pliego la alternativa que permita ofrecer otro producto equivalente de otra marca. En esas circunstancias se vulnera el principio de no discriminación y lo establecido en el artículo 101.3.a) de la LCSP. A ese respecto resulta ilustrativo lo declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005: *“Es cierto que en los concursos de suministros informáticos la mención a términos consolidados que, en realidad constituyen marcas y no exactamente especificaciones técnicas neutras, puede aportar mayor sencillez al procedimiento. Pero es innegable que la necesidad de respetar los principios de no discriminación y libre concurrencia es consustancial a nuestra normativa de contratación de las administraciones públicas”*.

Otra cuestión frecuentemente controvertida es la relativa a la suspensión del suministro de electricidad por impago de la Administración, o por retraso en el pago. La jurisprudencia aplica un criterio especial cuando la finalidad a la que se destina la energía está vinculada con la prestación de un servicio público. En ese caso concreto, la jurisprudencia ha declarado que debe mantenerse el suministro a pesar del impago de la energía contratada (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998, 2 de octubre y 16 de mayo de 1997).

13.1. ¿Qué novedades introduce la LCSP en relación al contrato de servicios?

Dejando al margen lo que afecta a los procedimientos de selección y adjudicación del contrato, algunas de las novedades que la LCSP introduce en relación al contrato de servicios son las siguientes: *i)* supresión de la diferencia entre el servicio y la consultoría, o la asistencia técnica; *ii)* la cesión de los derechos de propiedad intelectual o industrial a la Administración; *iii)* la duración máxima del contrato; *iv)* el aumento del precio de los contratos que se pueden adjudicar por el procedimiento negociado sin publicidad; y *v)* el incremento del importe máximo de los contratos menores.

13.2. ¿Cuál es el objeto del contrato de servicios?

El TRLCAP/2000 regulaba dos figuras distintas: *i)* el contrato de servicios; *ii)* el contrato de consultoría y asistencia técnica.

En el marco del TRLCAP/2000, eran contratos de consultoría y asistencia aquéllos que tuvieran por objeto la prestación de servicios de carácter intelectual, como por ejemplo la elaboración de informes, estudios, planes urbanísticos, o la supervisión y control de la ejecución de obras. En particular, tenían esa naturaleza los contratos que la Administración celebrase con profesionales cualificados en función de su titulación académica (abogados, economistas, arquitectos, ingenieros, geólogos, sociólogos, gabinetes de comunicación, entre otros profesionales).

El contrato de servicios tenía por objeto la prestación de un servicio que se caracterizaba por no tener el mismo componente intelectual propio de la consultoría y asistencia técnica. En el marco del TRLCAP/2000, el contrato de servicios tenía por objeto prestaciones que no requieren una específica cualificación profesional o académica (es el caso, por ejemplo de la realización de encuestas o campañas de publicidad, o la prestación de servicios de mensajería), y que con frecuencia son prestaciones manuales o físicas (como en el caso de la seguridad, la jardinería o la limpieza).

La distinción entre los contratos de servicios y los de consultoría y asistencia que establecía el TRLCAP/2000 no existe en la Directiva 2004/18, que, como la anterior Directiva de servicios define todas esas prestaciones con independencia de su carácter intelectual, técnico o comercial. La LCSP utiliza la misma expresión “servicios” para designar tanto las prestaciones cualificadas o intelectuales, como las de otra índole, unificando en una sola figura las dos anteriores. En cierta medida esta figura tiene una definición residual respecto a los contratos de obra y de suministro, pues conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LCSP: “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”.

13.3. ¿En qué se diferencian el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos?

Para seguir avanzando en la delimitación del contenido característico del contrato administrativo de servicios, interesa distinguirlo de otros contratos administrativos, en particular del de gestión de servicios públicos.

“Prima facie” parece clara la distinción entre la “gestión de un servicio” y la “prestación de un servicio”. En el primer caso, el servicio se realiza para satisfacer las necesidades de un tercero. El destinatario de la prestación es un tercero distinto de la Administración y el gestor del servicio, que son las partes del contrato. El beneficiario es el ciudadano o usuario del servicio (el viajero que se desplaza en metro o en el autobús del servicio municipal).

Ese rasgo permite establecer la diferencia entre el “contrato de gestión de servicios públicos” y el “contrato de servicios”, ya que en este último es la propia Administración que es parte del contrato la destinataria o beneficiaria de la prestación. Por ejemplo, el servicio de limpieza de unas dependencias administrativas o la conservación de sus jardines.

13.4. ¿Cómo afecta la celebración de un contrato de servicios a los derechos del propiedad intelectual o industrial del adjudicatario?

En ese interrogante subyace una cuestión muy debatida durante la elaboración de la Ley, pues según algunas opiniones la nueva regulación lesionaría los derechos de profesionales técnicos como los ingenieros o los arquitectos. No es este el lugar indicado para terciar en esa polémica, por lo que baste con recordar aquí la novedad introducida en el artículo 277.2 de la LCSP: “Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1”.

13.5. ¿Cuál es la duración máxima del contrato de servicios?

Mediante la celebración de estos contratos, la Administración externaliza la prestación de unos servicios que no puede atender con sus propios recursos humanos (los funcionarios y contratados laborales que trabajan al servicio de la Administración Pública).

Los servicios objeto del contrato administrativo que ahora se examina, deben ser ocasionales o de duración limitada en el tiempo, porque en caso de tratarse de necesidades continuadas o permanentes lo lógico es ampliar la relación de puestos de trabajo (RPT), e incorporar en la plantilla de la Administración nuevos funcionarios o contratados laborales.

Para evitar la duplicación del gasto público que se produce cuando la Administración externaliza la prestación de servicios que podría satisfacer con sus propios recursos humanos, al expediente de contratación debe incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato (en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación de los medios disponibles, o la conveniencia de no ampliar los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato de servicio).

En ese contexto de evaluación de los propios recursos humanos y las necesidades de la Administración de disponer de profesionales, se comprende que la Ley limite la duración en el tiempo de ese tipo de contratos. El TRLCAP/2000 establecía que los contratos de consultoría y asistencia, y los de servicios, no podían tener un plazo de vigencia superior a 2 años. Ello no obstante, se establecía un régimen de prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización del plazo originario (sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pudiera exceder de 4 años).

Ahora, el artículo 279 de la LCSP establece con carácter general y sin perjuicio de algunas excepciones, el contrato de servicios no puede tener una duración superior a los 4 años. Ello no obsta la posibilidad de pactar por mutuo acuerdo una prórroga antes de la finalización del contrato, en cuyo caso la duración máxima del contrato es de 6 años. En cualquier caso, las prórrogas no pueden superar, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. De tal modo que, por ejemplo, un contrato inicialmente celebrado por 2 años, sólo podría prorrogarse por otros 2 años más.

Además de ese régimen general, la LCSP establece algunas reglas singulares para la duración de determinados contratos: *i)* los complementarios de los de obras y suministros tendrán una duración máxima igual a la del contrato principal; *ii)* los de defensa jurídica y judicial de la Administración, tendrán la duración precisa para atender adecuadamente esas necesidades; y, *iii)* los de asistencia a la dirección de obra o la gestión integrada de proyectos, tendrán una duración igual a la del contrato de obras al que están vinculados más el plazo estimado para proceder a la liquidación de la obra.

Finalmente, hay que aludir al régimen especial aplicable a las empresas de trabajo temporal (ETT). Conforme a lo establecido en la disposición adicional quinta de la LCSP, no se pueden celebrar contratos de servicios con empresas de trabajo temporal, salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos. La duración máxima de esos contratos es de 6 meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga. Vencido el plazo de duración de esos contratos de servicios, no puede producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante, de las personas procedentes de la ETT.

13.6. ¿Cuál es el importe máximo del precio del contrato de servicios que se puede adjudicar mediante un procedimiento negociado sin publicidad?

En el marco del TRLCAP/2000, se podían adjudicar por el procedimiento negociado sin publicidad los contratos de servicios, o de consultoría y asistencia técnica, cuyo presupuesto fuera inferior a 30.050,61 euros (IVA incluido).

En la actualidad se pueden adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o inferior a 60.000 euros, excluido el IVA (artículo 161.2 LCSP).

13.7. ¿Cuál es el importe máximo de los contratos menores de servicios?

En el marco del TRLCAP/2000, el importe máximo de los contratos menores de servicios, o los de consultoría y asistencia técnica era de 12.020,24 euros (IVA incluido).

Ahora la Ley amplía esa cuantía para los contratos de servicios hasta los 18.000 euros, excluido el IVA (artículo 122.3 LCSP).

14.1. ¿En qué consiste el llamado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado?

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es una figura introducida “*ex novo*” por la LCSP. Se trata de un contrato administrativo típico y sujeto a regulación armonizada, cualquiera que sea su precio. Esa calificación jurídica como contrato administrativo determina que sólo puedan celebrarlo las Administraciones Públicas en sentido estricto, quedando excluidos los demás Poderes Adjudicadores y sujetos del sector público. Estos últimos podrán celebrar contratos de objeto análogo, aunque son las potestades propias del contrato administrativo, salvo que esas facultades sean de algún modo reintroducidas en la relación contractual por la vía de las estipulaciones del propio contrato.

Importa destacar que la Directiva 2004/18 no regula este tipo de contrato, que en el ámbito comunitario no tiene por el momento un régimen normativo “*ad hoc*” que esté en vigor. El documento más relevante es el “*Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*”, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004. Se trata de un documento de carácter consultivo, que no tiene fuerza jurídica vinculante, cumpliendo la función prospectiva propia del “*soft law*” comunitario. Como ejemplos concretos de esa colaboración el Libro Verde hace referencia expresa a “*los proyectos de infraestructura, en particular en los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública*” (punto 4).

Ese Libro Verde distingue dos fórmulas de colaboración público-privada: la contractual y la institucional. En este último caso se crea una entidad conjuntamente participada por ambos sectores. En cuanto a la colaboración contractual, el Libro Verde también distingue dos figuras jurídicas, la concesión y el contrato.

La figura de la concesión a la que alude el Libro Verde se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final de la prestación que es objeto del contrato. Es decir, el socio privado presta un servicio a la población en lugar del socio público, pero bajo su control.

La figura del contrato a la que se refiere el Libro Verde consiste en la realización y gestión por el socio privado de una infraestructura que es utilizada por la propia Administración o socio público (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). En este contrato de colaboración, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o del servicio, sino que consiste en pagos periódicos realizados por el socio público. En varias Comunidades Autónomas ya existen infraestructuras construidas y gestionadas, o explotadas, por un concesionario que no recibe unas tarifas o precios de los usuarios (como sucede en el caso de algunos hospitales públicos), sino un precio por parte de la Administración en función de determinados parámetros fijados en los pliegos de condiciones (vinculado a objetivos de rendimiento). La explotación de estos hospitales se ha realizado bajo la figura del contrato de explotación de obra pública, si bien su encaje en este modelo contractual ha sido objeto de controversia (en atención al concepto que de “*explotación*” de la obra se infería del TRLCAP/2000, y de la atenuación en la asunción del “*riesgo*” por el concesionario en la explotación de la obra pública).

La LCSP regula el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en pocos preceptos (artículos 11, 118, 119, 120, 289 y 290), que además están desperdigados a lo largo de la Ley⁴⁵. El contrato de colaboración tiene un perfil bastante difuso y carece de un régimen jurídico completo. Se caracteriza por la ausencia de una previa definición de las prestaciones que son objeto del contrato, y por la selección del adjudicatario mediante el procedimiento del diálogo competitivo. Es un contrato complejo que se celebra cuando la Administración conoce los fines de interés público que persigue satisfacer, pero no conoce con certeza los medios técnicos más adecuados para alcanzar ese objetivo, o las fórmulas financieras idóneas para sufragar las prestaciones del contrato.

En gran medida, una de las claves de ese contrato es que el sector privado participa en la financiación de la prestación que es objeto del contrato; también tiene relevancia la distribución de los riesgos entre las partes del contrato.

Por regla general, la duración de este contrato no puede exceder de 20 años. Ello no obstante, podrá extenderse hasta un máximo de 40 años cuando el objeto del contrato sea la concesión de una obra pública, y el pliego así lo establezca. En gran medida, la duración del contrato dependerá del período requerido para la amortización de las inversiones que el adjudicatario se comprometa a realizar.

También hay que destacar que es una fórmula contractual de carácter subsidiario, en el sentido de que sólo se puede celebrar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto que las demás fórmulas alternativas de contratación reguladas en la LCSP no son idóneas o adecuadas para la satisfacción de las finalidades públicas que se persiguen.

14.2. ¿Qué otros contratos tienen alguna similitud o parecido con el contrato de colaboración del sector público con el sector privado?

Las figuras que tienen algún elemento en común con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, son las siguientes: *i)* el contrato de concesión de obra

45 Así lo destaca el dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006): “(...) *la simple enumeración que acaba de hacerse sobre los preceptos que contienen el régimen de este contrato da idea de la dispersión con que se regula en el texto del anteproyecto. Para una figura de nuevo cuño en nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la ley que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato repartidos en prácticamente todos los libros de aquella*”.

pública; *ii*) aquéllos en que la Administración ejecuta por sí misma las prestaciones, pero en colaboración con el sector privado; y, *iii*) el convenio de colaboración entre distintas Administraciones Públicas.

Al igual que en el contrato de colaboración (artículo 11 LCSP), en el caso de la concesión de obra pública también es relevante la financiación privada de las prestaciones del contrato, y la activa participación de los licitadores en la más concreta definición del objeto del contrato (artículo 7 LCSP). En el caso particular del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado hay una mayor indefinición de las prestaciones, y una mayor amplitud del objeto del contrato.

En el caso de las actividades que realiza la Administración colaborando con el sector privado, estamos ante la ejecución directa del contrato por la propia Administración, pero no en régimen de exclusividad, sino en colaboración con empresarios particulares (artículo 24 LCSP). A diferencia de ese tipo de contrato de gestión directa pero compartida, en el caso de la colaboración entre el sector público y el sector privado estamos ante un caso de gestión indirecta. Mientras que los de gestión directa compartida son "*contratos administrativos especiales*", el de gestión indirecta mediante la colaboración entre el sector público y el sector privado es un "*contrato administrativo típico*".

La colaboración es el único elemento que tienen en común los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas (artículo 4.1.c) LCSP), y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. A diferencia de estos contratos, aquellos convenios están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, siempre que se celebren entre la Administración General del Estado y las Entidades Locales o las Comunidades Autónomas, o con Universidades, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos y demás entidades públicas.

14.3. ¿Cuál es el objeto del contrato de colaboración?; ¿qué prestaciones debe realizar el adjudicatario?

Al margen de su complejidad (por ejemplo, una infraestructura de transporte combinado o intermodal, o una red de telecomunicaciones), la LCSP no determina cuál debe ser el objeto del contrato o sus prestaciones típicas. Es un contrato complejo que comprende siempre una operación financiera, y además la prestación principal que es objeto de financiación (como por ejemplo, la ejecución de una obra, el suministro de bienes que incorporen tecnología específicamente desarrollada al efecto, o la gestión integral del mantenimiento de instalaciones administrativas complejas).

Cuando el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado tiene por objeto la ejecución de una obra, el contratista colaborador puede asumir su dirección, así como realizar, total o parcialmente los proyectos para su ejecución, y contratar los servicios precisos.

Según el artículo 11 de la LCSP, son características típicas del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado:

- i*) la construcción, instalación o transformación de obras, equipos o sistemas complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión;
- ii*) la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas;

- iii) la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

Podría pensarse que el contrato de colaboración puede tener por objeto las prestaciones de cualquier otro contrato administrativo típico. Ahora bien, es dudosa su aplicación al contrato de gestión de servicios públicos. Hay que tener en cuenta que el artículo 11 de la LCSP se refiere a *“la realización de una actuación global e integrada”*, así como a *“otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”*. Pues bien, no cabe identificar la gestión de un servicio público con la simple existencia de ese nexo o ligazón con el servicio público. Además hay que tener en cuenta que el plazo máximo de duración del contrato de colaboración (20 años), no encaja plenamente con el de gestión de servicios públicos (hasta 50 años, cuando además de la explotación del servicio incluye la ejecución de algunas obras).

Sin perjuicio de ello, lo que sí cabe en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es la combinación de distintas prestaciones.

14.4. ¿Qué contraprestación percibe el adjudicatario del contrato de colaboración?

La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consiste en un precio que se satisfará durante todo el cumplimiento del contrato, y que puede estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (artículo 11.4 de la LCSP). Uno de los rasgos definitorios de esta figura es que, en función de la distribución de los riesgos de demanda, el pago del precio se puede acomodar a la efectiva utilización de los bienes o servicios que constituyen su objeto.

Por otro lado, hay que destacar que también los licitadores que no hayan sido adjudicatarios pueden percibir algún ingreso, pues la LCSP permite que los órganos de contratación puedan otorgar primas o compensaciones a los participantes en el diálogo competitivo. Hay que tener en cuenta que no es insólito que ese proceso de selección tenga una duración cercana a los 18 meses, y que requiere la adscripción de numerosos recursos humanos y algunos materiales, por lo que la simple participación comporta un coste importante para los interesados.

14.5. ¿Qué peculiaridades tiene el clausulado del contrato de colaboración?

Además de las cláusulas previstas con carácter general en la LCSP para cualquier contrato administrativo, el clausulado del contrato de colaboración debe incluir necesariamente estipulaciones referidas a las siguientes cuestiones (artículo 120 de la LCSP):

- i) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto y determinan el régimen jurídico aplicable al contrato.
- ii) Condiciones de reparto de los riesgos entre la Administración y el contratista. Se debe precisar y desglosar la imputación de los riesgos derivados de la variación de costes de

las prestaciones, así como la imputación de los riesgos de disponibilidad, o de demanda de las prestaciones.

- iii) Objetivos de rendimiento asignados al contratista. En particular, en lo que concierne a la calidad de las prestaciones, y las condiciones de puesta a disposición de la Administración.
- iv) Remuneración del contratista. A este respecto deben desglosarse las bases y criterios para el cálculo de costes de inversión, de funcionamiento y de financiación. En su caso, también deben identificarse los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos, en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.
- v) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato.
- vi) Fórmulas de pago. En particular, y en relación a los pagos parciales, régimen de compensación entre los pagos pendientes de satisfacer por la Administración, y los importes que el contratista deba abonar como consecuencia de penalidades o sanciones.
- vii) Fórmulas de control administrativo de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.
- viii) Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.
- ix) Condiciones de modificación o resolución del contrato, en particular en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas, o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.
- x) Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.
- xi) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato después de su finalización.
- xii) Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de las obligaciones.
- xiii) Régimen de las prerrogativas de la Administración, y de la ejecución, modificación y extinción del contrato.

14.6. ¿En qué consiste la distribución del riesgo en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado?

En el contexto de la Unión Europea, la estabilidad presupuestaria, la limitación de endeudamiento y la contabilidad pública, son los principales factores condicionantes del contrato de colaboración del sector público con el sector privado. El objetivo es mantener el desarrollo económico sin quebrar la estabilidad presupuestaria (que la estabilidad presupuestaria de las generaciones venideras no impida el desarrollo económico de la presente generación). Se trata de evitar el coste de oportunidad política y económica que tendría retrasar el establecimiento de algunos servicios o la efectiva ejecución de obras públicas de carácter estratégico, y evitar ese coste de oportunidad sin incrementar el endeudamiento público. Esa combinación se alcanza a través de la *“Colaboración Público Privada”* (CPP), cuestión analizada en el

“*Libro Verde*” elaborado el 30 de abril de 2004 por la Comisión Europea sobre la Colaboración Público-Privada⁴⁶.

De todos modos, la colaboración público-privada no se limita a perseguir el objetivo general de la estabilidad presupuestaria, sino que además busca hacer efectivo el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. En términos de recta satisfacción de los intereses generales, se trata de optimizar el rendimiento del gasto público logrando el máximo valor añadido en la ejecución de los presupuestos (“*value for money*”).

La finalidad no es tanto maximizar la externalización de los riesgos, como optimizar esa transferencia de riesgos (hay que tener en cuenta que si la transferencia de riesgos al sector privado es excesiva, es muy probable que la operación carezca de interés empresarial y los operadores del sector no lleguen a formular ofertas en el proceso de selección de contratistas). El objetivo es la asignación del riesgo a la parte más capacitada para gestionarlo.

En la ponderada distribución de los riesgos hay que tener en cuenta tanto los “*riesgos de construcción*” como los eventuales retrasos en la terminación de la obra, los vinculados a los sobrecostos de ejecución o las deficiencias técnicas.

También hay que ponderar los “*riesgos de disponibilidad*”, vinculándose la cantidad máxima de pago teórico anual al efectivo cumplimiento de los estándares de cantidad y calidad de puesta a disposición del bien o servicio que sea objeto de la prestación. El “*riesgo de disponibilidad*” se refiere a los estándares de calidad que satisface el bien o servicio que es objeto de la prestación. A ese respecto, tiene singular relevancia la llamada “*cláusula de progreso*”, que fuerza al contratista a actualizar la calidad de las prestaciones en función de los progresos de la técnica, las mayores exigencias de la normativa técnica o ambiental, o los vinculados a factores sociales como la accesibilidad o la eliminación de barreras que impidan o dificulten la movilidad.

Finalmente, hay que considerar los “*riesgos de la demanda*” como los derivados de la coyuntura macroeconómica y las tendencias del mercado (sin incluir en cambio el “*ius variandi*” de la Administración o el “*factum principis*”, esto es, factores derivados exclusivamente de la actuación de los poderes públicos). Se trata de la mayor o menor demanda del bien o servicio en cuestión. Para modular ese margen de riesgo el contrato puede fijar bandas mínimas

46 Según afirma el epígrafe 2 del “*Libro Verde*” elaborado el 30 de abril de 2004 por la Comisión Europea sobre la Colaboración Público-Privada, COM (2004) 327 final: “*Las operaciones de CPP suelen caracterizarse por los siguientes elementos:*

- *La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.*
- *El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.*
- *El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.*
- *El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos”.*

y máximas de retribución. Con fundamento en el plan económico-financiero, el riesgo de la demanda se puede modular en los pliegos disponiendo un umbral mínimo y un dintel máximo de ingresos, y creando en el espacio intermedio franjas de retribución variable y gradual que se acompasen al flujo de la demanda.

14.7. ¿Cuáles son las especialidades financieras del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado?

La LCSP no precisa esas especialidades financieras, sino que contiene un mandato dirigido al Gobierno para que elabore y remita al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor de la LCSP. Conforme a lo establecido en la disposición final décima de la LCSP, en ese proyecto de Ley se regularán las modalidades de captación de financiación en los mercados, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

14.8. ¿Qué especialidades procedimentales reviste la tramitación del expediente de contratación?

Las especialidades se concentran en la exigencia de una evaluación previa y un programa funcional. Se trata de trámites encaminados a justificar por qué se utiliza esta figura (que tiene carácter subsidiario, pues sólo se puede emplear cuando sean inidóneas o inadecuadas las demás figuras de contratación reguladas en la LCSP), y a perfilar en la medida de lo posible el objeto del contrato.

14.9. ¿En qué consiste la evaluación previa?

Antes de iniciar la tramitación del expediente de contratación, la Administración debe elaborar un documento de evaluación (artículo 118 de la LCSP). La evaluación debe realizarla un órgano colegiado en el que se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato.

En ese documento debe ponerse de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados, o que no está en condiciones de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato.

Además, ese mismo documento de evaluación debe realizar un análisis comparativo con otras formas alternativas de contratación, para justificar los motivos del uso de esta específica figura de colaboración. Los factores que pueden justificar esa opción son la obtención de mayor valor por precio, o los relativos al coste global, la eficacia o la imputación de riesgos, u otros motivos de carácter jurídico, económico y financiero.

14.10. ¿Qué es el programa funcional?

A la vista del resultado de la evaluación previa, el órgano de contratación debe elaborar un programa funcional, que contenga los elementos básicos que informarán el diálogo con los

interesados en la adjudicación del contrato (artículo 119 de la LCSP). Hay que destacar que ese programa debe incluirse en el documento descriptivo del contrato. Como indica el Consejo de Estado en el ya citado dictamen de 25 de mayo de 2006, ese documento descriptivo es el que sustituye a los pliegos para el procedimiento de diálogo competitivo. El contenido del programa funcional es el siguiente:

- i) identificar la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer;
- ii) identificar los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que necesariamente deben incluir las ofertas para ser admitidas;
- iii) fijación de los criterios de adjudicación del contrato.

Teniendo en cuenta la larga duración del contrato, y su incidencia en el régimen de amortizaciones, llama poderosamente la atención que la LCSP no exija expresamente que el programa funcional, ni el clausulado del contrato, determinen la duración de la ejecución de las prestaciones.

14.11. ¿Qué procedimiento de selección se sigue para adjudicar el contrato de colaboración?

El diálogo competitivo es el procedimiento que hay que seguir para la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Es decir, este contrato no se puede adjudicar por el procedimiento abierto ni por el restringido, ni por ningún otro procedimiento distinto al diálogo competitivo.

Excepcionalmente, si después de haber intentado adjudicar el contrato de colaboración mediante diálogo competitivo, ello no fuere posible porque las proposiciones u ofertas económicas presentadas fueran inaceptables o irregulares, la Administración podrá adjudicar el contrato mediante procedimiento negociado *“siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato”* (artículo 154.a) LCSP).

Hay que destacar que la opción de la LCSP por adjudicar los contratos de colaboración mediante el procedimiento del diálogo competitivo no viene impuesta por la normativa comunitaria. Es un criterio que durante el proceso de elaboración de la Ley ha sido fuertemente cuestionado, y que en la práctica podría dificultar la efectiva aplicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

15.1. ¿Cuáles son las novedades más relevantes de la LCSP en relación a la selección y adjudicación?

Además de la potenciación del uso de medios informáticos para la presentación de ofertas, o de la realización de subastas informáticas, la LCSP introduce nuevas fórmulas de selección como el diálogo competitivo, el sistema dinámico o la celebración de acuerdos marco. También establece un nuevo régimen de publicidad en la página web institucional de los sujetos del sector público, llamado perfil de contratante, que en determinadas circunstancias sustituye a la publicidad en los Boletines o Diarios Oficiales. Asimismo, la LCSP hace referencia en su artículo 309 a la Plataforma de Contratación del Estado, que ha de permitir dar publicidad, a través de internet, a convocatorias, resultados y otra información relevante sobre la contratación en el ámbito de la Administración General del Estado.

Sin perjuicio de que pueda ser ajustado a la Directiva 2004/18, algún sector de la doctrina considera que no es plenamente satisfactorio el régimen de publicidad establecido en la LCSP, en particular para los contratos de los otros sujetos del sector público que no tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, así como el de los Poderes Adjudicadores cuando celebren contratos que no están sujetos a regulación armonizada.

15.2. ¿Qué diferencia hay entre los procedimientos de selección y los criterios de adjudicación?

Los procedimientos de selección buscan a quiénes pueden formular ofertas (procedimiento abierto, negociado, restringido, diálogo competitivo ...).

PROCEDIM. DE SELECCIÓN	CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN
Abierto Restringido Negociado	Criterio cuantitativo único Combinación de criterios cuantitativos y cualitativos

PROCEDIM. DE SELECCIÓN	CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN
Diálogo competitivo Acuerdo marco Sistema dinámico Central de contratación	Criterio cuantitativo único Combinación de criterios cuantitativos y cualitativos

Los criterios de adjudicación se refieren a los factores que hay que analizar para valorar las ofertas que se presenten los licitadores (el precio más bajo, la oferta que en su conjunto sea económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta tanto criterios cualitativos como cuantitativos).

15.3. ¿A qué contratos se aplican esos procedimientos de selección y criterios de adjudicación?; ¿sólo a los contratos administrativos?; ¿y a los contratos de Derecho privado?

En este punto se constata la artificiosa complejidad que establece la LCSP, pues no es fácil describir con claridad el alcance de los procedimientos de contratación. Para ello es necesario diferenciar 4 grupos de normas de selección y adjudicación:

- i) las aplicables a la Administraciones Públicas tanto en los contratos administrativos como en los de Derecho Privado (artículos 122 a 172 de la LCSP);
- ii) las aplicables a los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto. En este punto hay que distinguir, por un lado, las que rigen para los contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 122 a 172, con las especialidades dispuestas por el artículo 174 de la LCSP); por otro lado, las que se aplican a los contratos que no están sujetos a regulación armonizada (en ese caso, conforme al artículo 175 de la LCSP, hay que respetar los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia y confidencialidad, que se deben concretar en instrucciones internas aplicables al Poder Adjudicador de que se trate);
- iii) las aplicables por los demás sujetos del sector público que no sean Administración Pública en sentido estricto, ni Poder Adjudicador; en ese caso hay que estar a lo establecido en el artículo 176 de la LCSP, que también conduce a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia y confidencialidad; en cualquier caso, la adjudicación debe recaer en la oferta económicamente más ventajosa;
- iv) las aplicables a los contratos subvencionados (artículo 177 de la LCSP).

15.4. ¿Cuáles son los principios informadores de la selección de competidores y adjudicación de los contratos?

Los principios informadores de la selección de contratistas son (artículo 123 y siguientes de la LCSP): i) publicidad; ii) concurrencia; iii) igualdad sin discriminaciones; iv) transparencia; y, v) confidencialidad.

La transparencia incide tanto en la publicidad de la convocatoria de los procedimientos de licitación, como en la publicidad de la adjudicación de los contratos.

El principio de publicidad constituye uno de los pilares esenciales de la contratación pública regulada por el Derecho comunitario. En este sentido, muchos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaran que la publicidad de las licitaciones permite su conocimiento por los potenciales contratistas y, de estar interesados, participar en la licitación (entre otras, en la Sentencia de 18 de marzo de 1992, Asunto C 24/91, Comisión contra España). La importancia del cumplimiento de estos principios ha sido destacada por el Tribunal, que ha fijado como doctrina que los poderes adjudicadores en la licitación y adjudicación de los contratos no sujetos a las Directivas comunitarias (artículo 7 de la Directiva 2004/18), han de actuar en todo caso con estricto cumplimiento de los principios que rigen la normativa comunitaria de contratación pública, doctrina que recogen los artículos 175 y 176 de la LCSP.

Además, la transparencia también se instrumenta imponiendo a los órganos de contratación la obligación de remitir los documentos de la adjudicación de los contratos al Tribunal de Cuentas (a efecto de la fiscalización del gasto), y a la JCCA (a efectos estadísticos). Esos mismos órganos también deben ser informados de las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones del precio y el importe final de los contratos, así como de su nulidad o extinción.

Sin perjuicio de esa transparencia, la LCSP garantiza la confidencialidad de la información facilitada a la Administración por los operadores económicos. Cuando el operador económico la haya designado o calificado como información confidencial (por afectar a secretos técnicos o comerciales), la Administración no puede divulgarla.

También el contratista debe mantener durante un plazo de 5 años (o el plazo superior que establezca el pliego), la confidencialidad de la información que haya sido calificada como reservada, y a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato.

15.5. ¿Qué determinaciones resultan discriminatorias?

Entre otras, tienen singular relevancia las relativas a la exigencia de prescripciones técnicas o de experiencia local.

Respecto a la primera cuestión, el artículo 101 LCSP establece que las prescripciones técnicas deben permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia. Por ello, la regla general es que las prescripciones técnicas del contrato deben remitirse a las especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas (como las normas UNE), a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización. En cualquier caso, la remisión a esas u otras normas técnicas debe acompañar cada referencia de la mención “o equivalente”, con el objetivo de evitar discriminaciones⁴⁷.

47 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1999 (ponente Juan José González Rivas): “La su-puesta infracción de los principios de concurrencia e igualdad de oportunidades ha sido rechazada por la Sentencia y sobre la infracción del principio de igualdad en el pliego de condiciones del concurso, la identificación de la marca y modelo de material que debía adquirirse no impedía la aceptación de otro

Cuando el contrato se adjudica utilizando una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos, es inevitable conferir a la Administración contratante un cierto margen de legítima discrecionalidad para identificar qué factores permiten valorar con mayor acierto cuál es la mejor oferta. Ahora bien, no cabe introducir en el baremo criterios arbitrarios o discriminatorios, ni en general, criterios de valoración que no estén vinculados o relacionados con las prestaciones que son objeto del contrato. En ese sentido, la jurisprudencia ha declarado que, en fase de selección del contratista, es discriminatorio valorar como mérito la previa experiencia en la prestación de servicios en un ámbito territorial determinado, pues por regla general no son criterios objetivos vinculados con las prestaciones que son objeto del contrato, y su aplicación conduce a excluir a quienes no tienen arraigo local⁴⁸; por ejemplo, en la adjudicación de un contrato es contrario a Derecho que el Ayuntamiento de Girona valore como mérito la experiencia de prestación de servicios en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁴⁹.

Para resultar adjudicatario del contrato de concesión del servicio de suministro domiciliario de agua potable es útil y conveniente ser titular de pozos de agua dentro del mismo término municipal, pero no se trata de un requisito estrictamente indispensable. Es más, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana anuló el pliego de contratación elaborado por el Ayuntamiento de Xixona por atribuir excesivo valor a esa circunstancia, que *“supondría la perpetuidad de las mismas empresas ya contratadas anteriormente”* (por lo que el Pliego se consideró discriminatorio y nulo, por ser contrario a la normativa dictada por la Unión Europea en materia de contratación administrativa)⁵⁰. En esa misma materia ha destacado

material equivalente, ni produciría, «a priori», la discriminación que invoca el recurrente. Tratándose de contratar la compra de un material que requiere una muy concreta especificación técnica, por responder a necesidades de alta tecnología, no cabe estimar que este modo de identificación, que deja abierta la posibilidad de adquirir materia de otras marcas y modelos con características equivalentes, suponga una discriminación carente de justificación objetiva y razonable, por lo que no es posible apreciar violación del artículo 14 CE. De optarse por distinta solución se llegaría a la conclusión de que toda especificación muy concreta, que puede resultar imprescindible tratándose de promover la adquisición de material de alta tecnología, estaría prohibida por el artículo 14 CE, lo que no es así”.

- 48 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (ponente Juan José González Rivas): *“d) En suma, en la práctica, los méritos preferentes basados en la implantación territorial, provincial o autonómica y en la experiencia en contratos anteriores suscritos en la Comunidad adquieren el rango determinante para la selección y adjudicación, con clara discriminación de las empresas que pudiendo acceder a la selección por su solvencia económica, financiera y técnica, no puedan puntuar por carecer del arraigo territorial o autonómico. e) Se concluye estimando que la puntuación que se concede a los criterios referidos resultan irrazonables y desproporcionados, atendiendo su desconexión con verdaderos criterios objetivos de solvencia técnica, económica y financiera y suponen en la práctica la exclusión de las empresas en las que no concurre el suficiente grado de vinculación local territorial, por lo que, a juicio de la Sentencia recurrida, nos hallamos ante un claro trato discriminatorio que vulnera la exigencia de igualdad en la contratación pública”.*
- 49 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de diciembre de 2002 (ponente Enrique García Pons).
- 50 Entre otros criterios de ponderación para adjudicar el contrato, el Pliego atribuía hasta 20 puntos a los licitadores que tuvieran en propiedad captaciones de agua dentro del término municipal, mientras que por razón de la oferta económica sólo se podían obtener 2 puntos. En esas circunstancias, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2003 (ponente Antonio Márquez Bolufer), declara lo siguiente: *“Por lo expuesto, resulta difícil justificar la singularidad de unas condiciones como las impugnadas en este caso que justifique una exagerada atribución de puntos por la titularidad de los pozos de agua en el término municipal, o la gestión de servicios de esta clase en la forma en que se contiene en el Pliego, porque no se condiciona la puntuación al resultado, satisfactorio o no de la gestión realizada sino a las cualidades que podrían representar una eventual*

el Tribunal Supremo que la previa experiencia en la prestación de servicios de suministro domiciliario de agua no acredita una especialidad por las singularidades del servicio en una determinada localidad o área geográfica, pues en su esencia el servicio es igual en cualquier localidad o población⁵¹; es discriminatorio y contrario a Derecho vincular el derecho a participar en el proceso de selección al hecho de tener una experiencia mínima de tres años en la prestación del servicio de suministro de agua, pues una cosa es que esa experiencia previa se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas, y otra que se erija en requisito para concursar⁵².

Por otro lado, también se considera discriminatorio el pliego en el que el Ayuntamiento de Almonte da preferencia en la adjudicación de kioscos o establecimientos de restauración a las empresas que tengan su domicilio en ese término municipal durante los cinco últimos años. Aunque el Ayuntamiento alegaba una finalidad social (el aumento de desempleo en la localidad al extenderse el ámbito de protección del parque de Doñana), el Tribunal Supremo considera que ese criterio de selección es discriminatorio y contrario a Derecho⁵³.

experiencia, o la dificultad que implica el prestar ese servicio, con lo cual, supondría la perpetuidad de las mismas empresas ya contratadas anteriormente, quedando excluidas las otras por el hecho de no haber sido adjudicatarias de contratos anteriores, y carecería de justificación, caso de admitir como válida esta gestión de aguas, el que fuesen valoradas de forma más desmesurada las ejecutadas para una concreta Administración, en demérito de las ejecutadas para otras, o en otros ámbitos territoriales. Aplicando lo anteriormente manifestado a la concreta cláusula impugnada, que se ha mencionado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia, hay que estimarla contraria a derecho al no existir la ponderación en la asignación de puntos en la forma en que se había efectuado, que excluía ilegalmente a otras empresas dedicadas a la prestación de servicios como los indicados, impidiéndose la posibilidad real de participar en el concurso”.

- 51 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2005 (ponente Antonio Martí García): *“Pues la Sentencia recurrida no es sólo que en sus valoraciones haya declarado que el artículo 30, al establecer unos criterios de adjudicación valorando la experiencia en la gestión de los municipios hasta un máximo de 20 puntos, es contrario a la doctrina del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y de la doctrina comunitaria, que con detalle expone, sino además que también ha referido, que en el expediente no existe la más mínima constancia de que la gestión de abastecimiento de aguas tuviera alguna singularidad -regional o poblacional- que hiciera necesario recurrir a esa condición”.*
- 52 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004 (ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva): *“Respecto del principio de libre concurrencia, que la Sentencia considera infringido por la cláusula (artículo 36 del pliego) que impide concursar a quienes no acrediten una experiencia de, al menos, tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable, los recursos no ofrecen argumentos que desvirtúen lo afirmado por aquélla. En efecto, una cosa es que se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas la experiencia previa y otra que se erija en requisito para concursar. Y esto es lo que aquí se hizo sin que ninguna norma jurídica, tampoco las del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 (RCCL), sustentara tal excepción a la regla de libre concurrencia consignada en el artículo 13 LCE y a las previsiones que reconocen el derecho a contratar con las Administraciones a toda persona que no se halle comprendida en las excepciones establecidas expresamente”.*
- 53 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 (ponente Nicolás Antonio Maurandi Guillén): *“(…) existe una reiterada línea jurisprudencial que ha calificado como contrarias a dicho artículo las cláusulas introducidas en los procedimientos administrativos de concurrencia competitiva mediante las que se trataba de favorecer a determinadas personas por su condición de residentes en una concreta localidad. Así, las Sentencias de 25 de enero y 8 de julio de 1988 y 4 de julio de 1993 coinciden en calificar como contrarias al artículo 14 de la Constitución unas convocatorias de ingreso en la función pública en las que se primaba la condición de vecino de los Ayuntamientos convocantes y la reciente Sentencia de 12 de enero de 2001 declara igualmente contrario al principio de igualdad la puntuación asignada -en un procedimiento de selección de contratistas- a la circunstancia de estar radicada la empresa licitante en el ámbito geográfico próximo o en el ámbito de la Comunidad Autónoma”.*

A igual conclusión se llega en relación al pliego de un contrato de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias, y otras técnicas de ventilación asistida, que contiene unos criterios de valoración de las ofertas que toman en consideración la existencia, en el momento de la presentación de la oferta, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado, ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km. de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente ese servicio (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 2005; asunto C-158/03).

15.6. ¿Se puede valorar como mérito el previo cumplimiento satisfactorio de otros contratos?; ¿se trata de un criterio de experiencia que sólo puede ser ponderado a efectos de admitir al licitador pero no puede ser aplicado para la adjudicación del contrato?

Merece una valoración positiva que uno de los licitadores haya sido adjudicatario de otros contratos y los haya cumplido siempre a plena satisfacción de la Administración, alcanzando las más altas cotas de celeridad y excelencia en la calidad de sus prestaciones. Ahora bien, esa circunstancia puede ser tomada en consideración en la fase de admisión de los licitadores, pero no puede ponderarse en el momento de adjudicar el contrato (Informe JCCA 53/97, de 2 de marzo de 1998)⁵⁴.

15.7. ¿Qué publicidad se exige a los procedimientos de selección de contratistas?

Para garantizar la transparencia y publicidad del proceso de selección, el artículo 126.1 de la LCSP impone a todas las Administraciones Públicas en sentido estricto la obligación de anunciar en el Boletín Oficial del Estado la convocatoria del proceso de selección de contratistas (salvo cuando se siga el procedimiento negociado, con las particularidades que al respecto se detallan al explicar ese procedimiento negociado en otro apartado de este estudio introductorio). Cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, de las Administraciones Locales, o de las entidades de Derecho Público que de ellas dependan, la publicidad en el BOE se puede sustituir por la inserción del anuncio en los Boletines o Diarios autonómicos o provinciales. En caso de haberse optado por el uso del mecanismo del perfil de contratante, los anuncios de licitación también deben publicarse en la correspondiente web institucional.

54 Informe JCCA 53/97, de 2 de marzo de 1998: *“A esta última modalidad, aparte de presentar el inconveniente de dejar en manos de personas e instituciones contratantes anteriores la apreciación del cumplimiento del criterio de calidad exigido, se le puede poner la objeción fundamental de que, tal como está concebida equivale al requisito de solvencia previsto en el artículo 17, apartado b) (relación de obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, acompañadas de certificados de buena ejecución para las más importantes), en el artículo 18 apartado a) (relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos y privados de los mismos). Con ello, por el artificio de mencionar tal criterio como el de calidad, se estaría utilizando el criterio de la experiencia configurado en las Directivas comunitarias y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como requisito de admisión o de solvencia y, por tanto, no utilizable como criterio de adjudicación del concurso”.*

Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, la convocatoria también debe anunciarse en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). En este caso, la publicación en el BOE no se puede sustituir por la inserción del anuncio en los Boletines o Diarios autonómicos o provinciales. Desde la perspectiva temporal, y para facilitar que la información llegue al mismo tiempo a todas las empresas de cualquier Estado miembro, el envío del anuncio al DOUE debe preceder a cualquier otra publicidad. Es más, los anuncios que se publiquen en otros Diarios o Boletines distintos, deben indicar expresamente la fecha en que se realizó el envío del anuncio al DOUE.

Aunque se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada, la licitación de los contratos de obras, servicios y suministros también puede ser voluntariamente publicada en el DOUE, cuando así lo estime conveniente el órgano de contratación (artículo 126.2 de la LCSP).

La Ley sólo impone esas exigencias de publicidad a las Administraciones Públicas en sentido estricto (artículo 126 de la LCSP), por lo que tales obligaciones no alcanzan a los Poderes Adjudicadores y otros sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto, que se someten a un régimen propio y diferenciado.

En el caso de los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto, cuando celebren contratos sujetos a regulación armonizada no es exigible la publicación en el BOE o en los Diarios o Boletines autonómicos o provinciales, bastando con la inserción del anuncio en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado (o sus equivalentes autonómicas o locales). Aunque no sea obligatoria la publicación en el BOE (o en los Diarios o Boletines autonómicos o provinciales), no hay obstáculos legales que impidan la publicación voluntaria (artículo 174 LCSP).

Si se trata de Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto, y el contrato no está sujeto a regulación armonizada, basta con respetar el principio de publicidad. Si el importe del contrato supera los 50.000 euros, establece la Ley que ese principio de publicidad se entiende cumplido con la inserción de información en la web institucional donde figure el perfil de contratante de la entidad (artículo 175 LCSP). La Ley no precisa cuáles son los medios de publicidad admitidos en Derecho cuando el contrato tenga un importe igual o inferior a 50.000 euros.

Tampoco establece la LCSP cuáles son los medios de publicidad que deben o pueden utilizar los demás sujetos del sector público que no sean ni Administración Pública ni Poder Adjudicador.

SUJETO	TIPO DE CONTRATO	MEDIO DE PUBLICIDAD
Administración Pública	Contrato sujeto a regulación armonizada	BOE y DOUE (en su caso en la web institucional del perfil de contratante)
	Contrato no sujeto a regulación armonizada	BOE, BOP, o Diario autonómico

SUJETO	TIPO DE CONTRATO	MEDIO DE PUBLICIDAD
Poder Adjudicador	Contrato sujeto a regulación armonizada	DOUE y Plataforma de Contratación
	Contrato no sujeto a regulación armonizada pero con importe superior a 50.000 euros	Web institucional del perfil de contratante
	Contrato no sujeto a regulación armonizada y con importe igual o inferior a 50.000 euros	no precisado en LCSP
Otros sujetos del sector público		no precisado en LCSP

Respecto al criterio del Tribunal Supremo sobre el principio de publicidad, a modo de ejemplo, en relación a la *“Empresa Municipal de Suelo Industrial, S.A.”* (EMSISA), constituida por el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, el Tribunal consideró vulnerado ese principio cuando la sociedad mercantil se limitó a insertar un anuncio de la licitación en uno o varios diarios aunque sean de gran difusión (salvo que el anuncio se realice además en un Boletín o Diario Oficial)⁵⁵. De ese pronunciamiento judicial interesa destacar que el Tribunal Supremo

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2006:

“... no se puede aceptar que se haya dado cumplimiento al principio de publicidad y de concurrencia a que se refiere la citada Disposición Adicional Sexta, por la mera publicación de la licitación en el Diario de Cádiz de 27 de junio de 2001, como valora y acepta la propia sentencia recurrida, al decir Emsisa, por tanto tenía libertad completa para contratar las obras de urbanización, sin más sujeción que la publicidad y libre concurrencia que como expresamente se señala se cumple con la publicación de la licitación en el referido diario.

De una parte porque el cumplimiento del principio de publicidad, no se obtiene simplemente por la publicación del pertinente anuncio en un diario o diarios de gran difusión, sino por la publicación adecuada en la forma, modo y lugar expresamente prevista y en la que los demás posibles concurrentes esperan que se haga, y en materia de publicidad de las licitaciones el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 2/2000 citado, expresamente refiere, que cuando no sea exigida la publicación en el Boletín Oficial del Estado, por razón de la cuantía, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán sustituir esa publicación por la que realicen en sus respectivos diarios o boletines oficiales.

Y en materia de Administración Local, tanto la Ley 7/85 de 2 de abril, en sus artículos 70 y 107, como el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86 de 18 de abril, en sus artículos 122,123 y 124, y como en fin, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/86 de 28 de noviembre, en su artículo 61 y 64, entre otros, cuando se ocupan de regular la publicidad exterior de los acuerdos, ordenanzas, concursos y subastas, siempre se refiere a la necesidad de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, de lo que ciertamente cabe inferir, que las empresas o los interesados en acuerdos y contratos de las Entidades Locales, por razón del principio de confianza legítima, han de estar o estarán pendientes de los anuncios y publicaciones del citado Boletín Oficial de la Provincia, pero es que además en el caso de autos se trataba de la aprobación de un pliego de condiciones, y el artículo 122 del Real Decreto Legislativo expresamente dispone “los pliegos de condiciones después de aprobados por el Pleno de la Corporación se expondrán al público durante un plazo de ocho días, anunciándose en el Boletín Oficial de la Provincia” (...)

asumió el criterio que previamente había sostenido el Tribunal Superior de Justicia, y partiendo de la premisa de que EMSISA está sujeta a lo establecido en la disposición adicional sexta del TRLCAP/2000⁵⁶.

15.8. ¿Qué novedades introduce la LCSP en materia de publicidad y transparencia?

Además de la publicidad que se instrumenta mediante la inserción en un Diario Oficial del anuncio del proceso de selección de contratistas, la LCSP ha introducido nuevas técnicas que contribuyen a la transparencia de la contratación administrativa, en particular: *i)* el anuncio previo (antes denominado “anuncio indicativo”); *ii)* el perfil contractual de cada órgano o sujeto del sector público.

15.9. ¿Qué es el anuncio previo?

Es una figura que tiene su origen en la Directiva 2004/18, y que consiste en la publicación de un anuncio con el fin de dar a conocer los datos relevantes de los contratos que se tenga proyectado adjudicar en los 12 meses siguientes, siempre que se trate de contratos de obras, suministros o servicios, cuyo valor estimado en los contratos de obras sea igual o superior a 5.278.000 euros, y de 750.000 euros en los contratos de suministros y de servicios.

Y en nada obsta a lo anterior el que el acuerdo impugnado sea de la Empresa Municipal Emsisa, pues conforme a la doctrina comunitaria que el recurrente cita y dada la naturaleza y la imbricación y conexión de la citada Empresa con el Ayuntamiento, y además que en definitiva se trataba de la ejecución de un acuerdo del Ayuntamiento sobre urbanización, es claro que procedía aplicar las normas que sobre publicidad, exigen la Ley de Contratos del Estado y las normas propias de las Entidades Locales, que más atrás se han señalado, máxime cuando la importancia económica del asunto, obligaba a cuidar muy mucho el requisito de la publicidad, cual también más atrás se ha expuesto”.

56 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2006, al describir el previo pronunciamiento del TSJ expresa lo siguiente:

“La Sala no puede compartir dicho parecer. El artº 21 del RGU prevé expresamente la posible creación por parte de las Administraciones Urbanísticas de sociedades anónimas para la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas, tales como la de realización de obras de infraestructuras y dotación de servicios de unidades de ejecución, o la promoción y gestión de urbanizaciones. Ya se preveían en la Ley del Suelo de 1976, y su finalidad era la agilización de las técnicas urbanísticas. Son sociedades sujetas, por definición y naturaleza al derecho privado, y para el otorgamiento de obras de urbanización a terceros, no vienen sometidas a los dictados y procedimientos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que conforme a la Disposición Adicional Sexta de la Ley, basta con el respeto de los principio de publicidad y libre concurrencia.

La entidad EMSISA se integra dentro de las personas jurídicas antes referida y es evidente que actúa como ente privado y que esta actuación además de acorde con la forma del ente lo es también con la finalidad prevista legalmente”.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo a este respecto es lacónico, pero es claro su respaldo al TSJ: *“... admitiendo la aplicación al supuesto de autos de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, en concordancia con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 1 de la citada Ley, como además razona adecuadamente la sentencia recurrida y en ese particular, ni ha sido controvertida en forma, ni se aprecia infracción alguna...”.*

A partir de su programación, el anuncio previo debe enviarse lo antes posible a la Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, y publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), o en la página web institucional en la que figure el perfil de contratante.

El anuncio previo debe contener los datos que para cada tipo de contrato detalla el artículo 125 de la LCSP.

15.10. ¿Qué efectos produce la publicación del anuncio previo?

La publicación del anuncio previo permite reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos. Por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto, el plazo se reduce de 52 a 36 días. En el caso del procedimiento restringido, por regla general el plazo se reduce de 40 a 36 días, y por causas debidamente justificadas, excepcionalmente a 22 días.

15.11. ¿Permite la LCSP la reducción de esos plazos por otras razones?

Una de las novedades de la LCSP es que permite la reducción de los plazos cuando el envío de los anuncios se realiza por medios telemáticos (reducción del plazo en 5 días), o cuando los pliegos y la documentación complementaria se ponen a disposición de los licitadores por medios telemáticos (reducción del plazo en 7 días).

15.12. ¿En qué consiste el llamado “perfil de contratante”?

El llamado “*perfil de contratante*” es la difusión en internet de la actividad contractual de un determinado órgano, o de un sujeto del sector público (artículo 42 de la LCSP). No hay obligación legal de utilizar ese medio de difusión, pues se trata de una opción voluntaria.

En caso de optarse por esa fórmula, en la página web institucional de los sujetos del sector público debe indicarse la forma de acceso al perfil.

El perfil puede incluir cualesquiera datos e informaciones sobre la actividad del órgano de contratación (tales como anuncios de información previa, licitaciones abiertas o en curso, la documentación de esos procesos de selección, las contrataciones programadas, los contratos ya adjudicados, los procedimientos anulados). Si se opta por implantar la publicidad del perfil, es obligatorio incluir la información sobre la adjudicación provisional de los contratos.

El sistema informático que soporte el perfil de contratante debe contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en él.

La Plataforma de Contratación del Estado (sistema de publicidad a través de internet previsto en el art. 309 de la LCSP) deberá recoger el perfil de contratante de los órganos de contratación de la Administración General del Estado y organismos dependientes.

15.13. ¿Qué efectos produce la difusión a través del perfil de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos?

La fecha de publicación de esa información es relevante a los siguientes efectos, que permiten constatar la relevancia jurídica del perfil de contratante:

-
- i)* el cómputo de plazos para la presentación de recursos (artículo 37.6 de la LCSP);
 - ii)* el anuncio previo de la convocatoria en los 12 meses siguientes de procedimientos de selección en contratos de obras, suministros y servicios (artículo 125.2 de la LCSP);
 - iii)* el anuncio de las licitaciones que convoque (artículo 126.4 de la LCSP);
 - iv)* la publicación de la adjudicación provisional (artículo 135.3 de la LCSP);
 - v)* la publicación del carácter definitivo de la adjudicación (artículo 135.4 y 138.1 de la LCSP);
 - vi)* la publicación de las instrucciones de obligado cumplimiento para la adjudicación de los contratos que no están sujetos a regulación armonizada (artículo 175.b) de la LCSP);
 - vii)* la adjudicación de los contratos que no están sujetos a regulación armonizada (artículo 175.c) de la LCSP);
 - viii)* la publicación de las instrucciones de obligado cumplimiento para la adjudicación de contratos por entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador (artículo 176.3 de la LCSP);
 - ix)* la publicación de la celebración de un acuerdo marco (artículo 181.2 de la LCSP); y,
 - x)* la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado del perfil contratante de la Administración General del Estado, Organismos y demás entidades públicas estatales (artículo 309 de la LCSP).

16.1. ¿Qué formas de selección establece la LCSP?

Conforme a lo establecido en los artículos 122 y siguientes de la LCSP, se pueden distinguir los siguientes sistemas de selección de contratista: *i)* normales; *ii)* especiales; y *iii)* para contratos masivos.

Los sistemas o procedimientos normales de selección del contratista son: *i)* el abierto; y *ii)* el restringido.

Los sistemas especiales de selección son: *i)* el procedimiento negociado; *ii)* el diálogo competitivo; y *iii)* el concurso de proyectos con jurado. Estas formas especiales buscan flexibilizar la selección.

Las formas de selección en contratos masivos son: *i)* acuerdo marco; *ii)* sistema dinámico; y *iii)* sistema centralizado. Estas formas buscan racionalizar y simplificar la selección, bien mediante la técnica de los contratos normados, bien mediante la concentración del poder de decisión.

Sistemas normales	<ul style="list-style-type: none">- Abierto- Restringido
Sistemas especiales	<ul style="list-style-type: none">- Negociado- Diálogo competitivo- Concurso de proyectos con jurado
Sistemas especializados para contratos masivos	<ul style="list-style-type: none">- Acuerdo marco- Sistema dinámico- Sistema centralizado

16.2. ¿A quiénes se aplican esos procedimientos de selección?; ¿a todos los sujetos del sector público?; ¿sólo a las Administraciones Públicas en sentido estricto?

En su pura literalidad, lo establecido en los artículos 122 a 172 LCSP (procedimiento abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo) parecería ser únicamente aplicable a las Administraciones Públicas en sentido estricto. Esos sujetos aplicarán esos procedimientos tanto para los contratos administrativos, como para los sujetos a regulación armonizada, o los contratos de Derecho Privado.

Aunque con ciertas modulaciones y especialidades, en línea general los sistemas de selección también se aplican a los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto, cuando celebren contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 174 LCSP).

La LCSP no es del todo clara respecto a otros casos. Con las debidas cautelas hay que considerar que esos procedimientos no son de obligada aplicación: *i)* a los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada y se celebren por Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública en sentido estricto (artículo 175); *ii)* a los otros sujetos del sector público que no tienen la consideración de Poderes Adjudicadores (artículo 176); ó *iii)* para la adjudicación de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada (artículo 177).

En cuanto a las fórmulas para racionalizar la contratación en masa (como los acuerdos marco, los sistemas dinámicos y los de contratación centralizada), son de uso potestativo para las Administraciones Públicas en sentido estricto (artículo 178 LCSP). Además, también deben ser utilizados por los demás sujetos del sector público que no sean Administración Pública, cuando establezcan sistemas de racionalización de la contratación respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 179 LCSP).

16.3. ¿Tiene la Administración Pública plena discrecionalidad para elegir libremente cualquiera de esos sistemas o procedimientos de selección?

No. Como indica su denominación, por regla general hay que seguir los procedimientos normales de selección (abierto y restringido).

Los procedimientos especiales como el negociado, el diálogo competitivo, o el concurso de proyectos con jurado, sólo pueden ser utilizados en los casos específicamente tipificados en la LCSP.

16.4. ¿Es frecuente y habitual el uso de las formas específicas de los contratos masivos?

Existe una amplia experiencia en el sistema de adquisición centralizada de bienes y equipos de utilización común en el ámbito estatal (a través del Servicio Central de Suministros de la Dirección General del Patrimonio del Estado), sistema cuya aplicación se ha extendido por las Comunidades Autónomas a sectores como la adquisición de productos farmacéuticos.

En cambio, por el momento el sistema dinámico y los acuerdos marco son menos utilizados en la práctica administrativa.

17.1. ¿Qué es la clasificación del contratista?

Es una fórmula administrativa para normalizar la verificación de la solvencia de los licitadores en determinado tipo de contratos. El otorgamiento de la clasificación se inscribe en un Registro, lo que facilita a la Administración conocer quiénes tienen una solvencia ya contrastada y adecuada para la correcta ejecución de los contratos que se licitan. A efectos del licitador, implica una simplificación del cumplimiento de la obligación de acreditar la solvencia, librándole de la continuada presentación de los mismos documentos, ante distintos órganos de contratación, en cada una de las convocatorias de selección y adjudicación de contratos.

Cuando es exigida por razón de las prestaciones que son objeto del contrato, la clasificación es un requisito de capacidad especial o “*plus*” de capacidad, cuya inexistencia determina la nulidad del contrato, según resulta de los Informes de la JCCA, 8/00, de 6 de julio de 2000, 10/91, de 10 de mayo de 1991, ó 9/88, de 31 de mayo de 1988). Esa capacidad especial debe concurrir en el momento de la adjudicación del contrato; es decir, no se exige en el momento de formular una oferta o propuesta y presentarse a la licitación. Ahora bien, en el caso concreto de Navarra la capacidad debe referirse al momento de finalización del plazo de presentación de ofertas⁵⁷.

Alcanzar la clasificación implica obtener un reconocimiento de la solvencia para contratar; ahora bien, la solvencia no alcanza de forma general a todos los contratos, sino única y exclusivamente a aquéllos específicos contratos para cuya celebración habilita el acto de clasificación. A estos efectos, los contratos se dividen en categorías, grupos y subgrupos, y el acto de clasificación identifica a cuáles de ellos alcanza la habilitación que confiere.

57 A tenor de lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley Foral 6/2006: “*Podrán celebrar los contratos regulados en la presente Ley Foral las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada y españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional y no se encuentren incurso en causa de prohibición de contratar, requisitos que deberán concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas*”.

17.2. ¿Cuáles son las novedades más relevantes de la LCSP en materia de clasificación de contratistas?

La LCSP ha modificado de forma relevante el sistema de clasificación de contratistas. Entre otras cuestiones interesa llamar la atención sobre las siguientes novedades de la LCSP: *i)* ha ampliado los contratos que están sujetos al requisito de la clasificación previa; *ii)* ha alterado el régimen de duración y revisión de las clasificaciones, pasando éstas a tener una duración indefinida; *iii)* ha suprimido el régimen de extensión de efectos de las clasificaciones otorgadas por los órganos de las Comunidades Autónomas; *iv)* ha incrementado la cuantía que determina su exigencia en los contratos de obras; y *v)* ha suprimido la regulación que respecto a la suspensión de las clasificaciones establecía el artículo 33 TRLCAP/2000.

17.3. ¿Cuándo entra en vigor el régimen de la LCSP respecto a la exigencia de clasificación?

El nuevo régimen de casos en los que es obligatoria la clasificación conforme a la LCSP no entrará en vigor a los 6 meses de la publicación de esa Ley (que es la regla general).

En este sentido, el artículo 54.1 de la LCSP, en cuanto determina el nuevo régimen de los contratos para cuya celebración se exige la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de la LCSP por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos (así resulta de la disposición transitoria quinta LCSP). Hasta entonces se seguirá aplicando lo establecido en el artículo 25.1 TRLCAP/2000.

17.4. ¿Qué acredita la clasificación?, ¿qué tipo de solvencia se acredita mediante la clasificación?; ¿sólo la solvencia técnica y profesional?

La clasificación acredita la solvencia, no la capacidad de obrar del licitador.

La clasificación acredita tanto la solvencia técnica y profesional, como la solvencia económica y financiera (Informe JCCA 7/96, de 7 de marzo de 1996).

La capacidad de obrar del licitador se puede acreditar de 2 formas; *i)* bien aportando en cada uno de los procedimientos de selección toda la documentación requerida (escritura de constitución, estatutos, etc.); ó *ii)* bien mediante la certificación expedida por los Registros de Licitadores (en los que la inscripción es voluntaria).

17.5. ¿Se exige la clasificación para todo tipo de contratos?

No. La clasificación no se exige para los contratos de Derecho Privado de los que es parte la Administración Pública.

Tampoco se exige para todos los contratos administrativos, pues sólo se exige para los contratos de obras o de servicios, y sólo cuando el precio del contrato esté por encima de una cifra determinada. Es decir, la clasificación no se exige para el contrato de gestión de servicios públicos, tampoco para los de suministro o de concesión de obras públicas, en los que la solvencia se acreditará por los licitadores mediante la presentación de los documentos e informaciones que se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La clasificación sólo se exige (artículo 54 de la LCSP): *i)* para los contratos de obras que tengan un importe igual o superior a 350.000 euros; y *ii)* para los contratos de servicios que tengan un presupuesto igual o superior a 120.000 euros.

Conviene destacar que la clasificación también se exige al cesionario de un contrato cuando hubiere sido requerida al cedente.

Finalmente, las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública en sentido estricto podrán exigir voluntariamente una determinada clasificación a los licitadores.

17.6. ¿Hay alguna excepción a esas reglas generales?

Hay contratos de obras o de servicios en los que no se exige la clasificación pese a tener un importe o presupuesto igual o superior al ya indicado. Así sucede en los siguientes casos (artículos 54 y 55 de la LCSP):

- i)* Algunos contratos de servicios expresamente identificados por la Ley (como, por ejemplo, los de servicios financieros, servicios de investigación y desarrollo, servicios jurídicos, de esparcimiento, culturales y deportivos, y otros servicios incluíbles en la categoría 27 del Anexo II de la LCSP).
- ii)* Contratos que en primera instancia no se hayan podido adjudicar por no concurrir en el proceso de selección ninguna empresa clasificada, siempre y cuando en segunda instancia se convoque un nuevo proceso de selección para el mismo contrato, y en el anuncio y el pliego se precisen los medios para acreditar la solvencia.
- iii)* Por Real Decreto puede exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y servicios.
- iv)* Cuando una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una específica habilitación o autorización profesional. En ese caso la clasificación puede ser suplida por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esa porción con otros empresarios que dispongan de tal habilitación o autorización profesional, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por ciento del precio del contrato.
- v)* Cuando el licitador sea un empresario no español pero nacional de un Estado que sea miembro de la Unión Europea (que en cualquier caso estará obligado a acreditar su solvencia).
- vi)* No se exige clasificación a las Universidades para ser adjudicatarias de contratos de servicios. Tampoco se exige a los organismos públicos de investigación.

17.7. ¿Qué alcance tiene el poder de dispensar la exigencia de clasificación administrativa?

Excepcionalmente, el Consejo de Ministros puede exonerar o dispensar la obligatoria clasificación del contratista. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para otorgar esa dispensa corresponde a los órganos que por ellas se determinen.

Aunque el artículo 55 de la LCSP no prevé la competencia de las Entidades Locales, no está de más recordar aquí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1994 declara que el Pleno del Ayuntamiento tiene competencia para dispensar la clasificación.

Al ser la dispensa una excepción, debe ser interpretada y aplicada con criterios estrictos, nunca extensivos o ampliatorios. En ese sentido, la dispensa debe ser individualizada y motivada caso a caso. No cabe una dispensa general a todos los licitadores de un proceso de selección, a no ser que se incluya una motivación adecuada e individualizada que justifique la dispensa en relación a las particulares circunstancias concurrentes en cada uno de los licitadores (Informe JCCA 28/92, de 4 de diciembre de 1992).

17.8. ¿Qué alcance tiene la dispensa de la clasificación?

La dispensa se refiere al requisito formal de la clasificación, pero no se extiende al requisito material de la solvencia, y menos aún al de la capacidad de obrar. La dispensa exonera de la obligación de estar clasificado, pero no libera al licitador de la obligación de acreditar su solvencia técnica y financiera.

17.9. ¿Debe limitarse la Administración a exigir la clasificación en los supuestos expresamente tipificados en la LCSP?; ¿puede exigir también la clasificación en otros supuestos distintos?

La clasificación sólo puede ser exigida en los supuestos legalmente previstos; es decir, los contratos de obras cuyo presupuesto sea igual o superior a 350.000 euros, y los contratos de servicios cuyo presupuesto sea igual o superior a 120.000 euros (dejando al margen los servicios excluidos a los que ya se ha hecho referencia).

La clasificación no puede exigirse por la Administración en los contratos administrativos de suministro, gestión de servicios públicos, o de concesión de obras públicas. Tampoco en los contratos administrativos especiales, ni en los contratos de Derecho Privado (Informe JCCA 14/99, de 30 de junio de 1999).

17.10. ¿Qué ocurre con la exigencia de clasificación en los contratos mixtos?; ¿es exigible si el objeto del contrato comprende la ejecución de alguna obra, además de la gestión de un servicio público?

En el marco del TRLCAP/2000, a los contratos mixtos se aplicaba el régimen de absorción; es decir, había que cumplir las normas de clasificación aplicables a la prestación de mayor valor económico. En consecuencia, no se exigía la clasificación si las prestaciones de mayor valor eran las de gestión del servicio. En cambio, se reclamaba la clasificación cuando la ejecución de obras era la prestación principal, y la gestión de servicios tenía carácter accesorio (Informes de la JCCA 47/97, de 17 de noviembre de 1997, 24/96, de 30 de mayo de 1996; 3/95, de 22 de marzo de 1995).

Ahora, el artículo 12 de la LCSP únicamente aplica las normas de la prestación más importante desde el punto de vista económico para la adjudicación del contrato, pero no necesariamente a otros momentos o fases distintas de la relación contractual. En consecuencia, en materia de clasificación de los contratistas habrá que estar a lo que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares.

17.11. Además de exigir la clasificación en los supuestos tipificados en la LCSP, ¿puede la Administración exigir otros requisitos complementarios de solvencia?

La clasificación no es el techo o límite máximo de solvencia que se puede exigir al licitador. Además de la clasificación, en los casos en que procede, el pliego puede exigir otros requisitos de solvencia de carácter complementario. Ahora bien, la Administración no tiene plena libertad para elegir a su antojo esos requisitos complementarios, que deben ser adecuados o proporcionados al objeto del contrato. Un Tribunal puede anular los requisitos complementarios de solvencia que sean inadecuados o desproporcionados, según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996.

17.12. ¿Cabe exigir más de una clasificación?

La clasificación se corresponde con las prestaciones que son objeto del contrato. Las categorías, grupos y subgrupos de clasificación se establecen en función de prestaciones concretas y específicas. En consecuencia, cuando el contrato tiene un objeto complejo por combinar varias prestaciones igualmente sujetas a clasificación, lo procedente es la exigencia acumulativa de todas ellas (Informe JCCA 43/97, de 10 de noviembre de 1997).

17.13. ¿Qué requisitos se exigen para obtener la clasificación como contratista?

La LCSP establece unas reglas generales exigibles en todo caso, y además establece algunas reglas particulares para grupos de sociedades, o para la acumulación de clasificaciones cuando concurra alguna UTE.

Con carácter general, se exige acreditar las siguientes circunstancias: *i)* la personalidad y la capacidad de obrar; *ii)* no estar incurso en prohibiciones de contratar; y *iii)* la habilitación para realizar la actividad (por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones administrativas, empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación, inscripción en registros, u otros semejantes que puedan ser necesarios).

En el caso particular de un grupo de sociedades, para clasificar a una de ellas se puede tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

En el caso particular de la UTE, se atenderá a las características acumuladas de cada uno de los miembros de la unión, en la forma que reglamentariamente se determine. Para proceder a esa acumulación, es necesario que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras o de servicios, en relación al contrato al que opten. No se admite que una de las integrantes de la UTE carezca de clasificación (Informe JCCA 8/94, de 8 de junio de 1994). Ahora bien, no se exige que todas las empresas agrupadas estén clasificadas en todos los grupos y subgrupos requeridos para los contratos en cuestión, sino que basta que estén clasificadas en cualquier grupo o subgrupo del tipo del contrato al que opten (el de obras o el de servicios); es decir la exigencia de clasificación de todas las empresas que forman parte de la UTE se refiere al tipo genérico de contrato, obras o servicios, y no al concreto grupo o subgrupo al que corresponda el específico objeto del contrato al que se opte (Informes JCCA 40/00, de 30 de octubre de 2000, y 22/96, de 5 de junio de 1996).

Conviene precisar que esa especialidad de la UTE no es trasladable a las Agrupaciones de Interés Económico (Informe JCCA 7/92, de 27 de febrero de 1992). En consecuencia, en el caso de la Agrupación no hay acumulación de las características, sino que procede valorar los elementos personales, materiales y de experiencia de la propia Agrupación; es decir, no se pueden tomar en cuenta los elementos de los integrantes de la AIE, sino únicamente los de la propia Agrupación como persona jurídica distinta e independiente.

Conviene también destacar una novedad introducida por la Ley 3/2007 (norma que se describe en el apartado 39 de esta misma Guía Práctica), que exige que, además de cumplir con los requisitos establecidos con carácter general por la legislación sobre contratación pública, en el momento de acreditar su capacidad y solvencia la UTE debe presentar una memoria en la que se indiquen los medios concretos que cada una de las empresas prevé destinar a la ejecución del contrato y se especifiquen las razones económicas, empresariales o de especialización técnica o tecnológica justificativas de la constitución de la UTE.

17.14. ¿Quién otorga la clasificación de los contratistas?

Cada Administración Pública puede hacer su propia clasificación, pero la Ley no confiere los mismos efectos a todas ellas (artículo 57 de la LCSP).

En el caso de la Administración General del Estado, la clasificación la otorga o la deniega la JCCA, más concretamente sus Comisiones Clasificadoras. En ese caso, el acto de clasificación produce efectos frente a cualquier otra Administración Pública; es decir, además de surtir efectos ante la Administración General del Estado, también los produce ante la Administración autonómica y la local.

En cambio, la clasificación realizada por las Comunidades Autónomas no surte efectos ante la Administración General del Estado. Su eficacia se limita a la propia Administración de la Comunidad Autónoma, a las Entidades Locales incluidas en su ámbito territorial, y a sus respectivos organismos autónomos y demás personificaciones instrumentales de ellas dependientes. Hay que destacar que, a diferencia de lo que ocurría en el marco del TRLCAP/2000, ahora la LCSP ha suprimido el requisito del domicilio social para obtener clasificación en una Comunidad Autónoma.

El artículo 28.3 TRLCAP/2000 establecía un requisito para que los acuerdos de los órganos autonómicos de contratación surtieran efectos ante la Administración General del Estado o de Comunidades Autónomas distintas de la que los adopta. Esa eficacia jurídica requería su inscripción en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas (y para practicar esa inscripción se exigía el previo informe favorable de las Comisiones de Clasificación de la JCCA). Ahora la LCSP guarda silencio sobre esta posibilidad.

17.15. ¿Qué reglas especiales se aplican al procedimiento de clasificación de contratistas?

Las reglas procedimentales más relevantes se refieren al silencio administrativo y a la impugnación de la denegación.

Una vez solicitada en debida forma la clasificación del contratista, la Administración está obligada a dictar una resolución expresa y notificarla antes de que transcurran 6 meses des-

de la presentación de la solicitud. Si una vez expirado ese plazo de 6 meses no se hubiera producido la notificación, el interesado puede entender estimada por silencio positivo su solicitud de clasificación.

Si hubiera resolución expresa de la JCCA, y fuera denegatoria de la clasificación solicitada, el interesado puede interponer un recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda. Si ese recurso fuera desestimado, el interesado puede interponer recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

17.16. ¿Durante cuánto tiempo surte efectos la clasificación del contratista?

A diferencia del plazo de 2 años que establecía el TRLCAP/2000, con arreglo a la LCSP la clasificación del contratista tiene vigencia indefinida en el tiempo, mientras se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias de su otorgamiento.

Ahora bien, para mantener la vigencia es necesario acreditar periódicamente que se siguen cumpliendo tales condiciones y circunstancias (artículo 59 de la LCSP). El mantenimiento de la solvencia económica y financiera debe justificarse anualmente. El mantenimiento de la solvencia técnica y profesional debe justificarse cada 3 años.

17.17. ¿Qué sucede si la clasificación está vigente en el momento de presentar la oferta o proposición, pero expira antes de que tenga lugar el acto de adjudicación del contrato?

No basta con que la clasificación esté en vigor en el momento de presentar la oferta o proposición. La clasificación es un requisito de solvencia que debe concurrir en el momento de la adjudicación del contrato. En consecuencia, si la mesa de contratación advierte que la clasificación de un licitador expirará antes del acto de adjudicación, deberá rechazar la oferta por no haber acreditado la solvencia de forma plenamente satisfactoria (Informe JCCA 27/97, de 14 de julio de 1997). A igual conclusión se llega cuando la caducidad de la clasificación antes de la adjudicación se produce respecto a alguno de los miembros de una UTE (Informe JCCA 29/02, de 23 de octubre de 2002).

17.18. ¿Qué ocurre si después de adjudicado y perfeccionado el contrato, se extingue la vigencia de la clasificación del licitador seleccionado?

La LCSP exige que la clasificación debe estar vigente en el momento de la adjudicación del contrato, pero no impone que la vigencia deba mantenerse durante todo el período de cumplimiento o ejecución del contrato. En consecuencia, la pérdida sobrevenida de la vigencia de la clasificación no afecta a la plena validez del acto de adjudicación y del contrato mismo (Informe JCCA 27/97, de 14 de julio de 1997).

Mientras que la pérdida sobrevenida de la personalidad o la capacidad de obrar están tipificadas en la Ley como causas de resolución del contrato, la pérdida de vigencia o la caducidad sobrevenida de la clasificación no son causa de resolución del contrato, salvo que así se hubiera establecido expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares (Informe JCCA 27/97, de 14 de julio de 1997).

17.19. ¿Qué sucede si el licitador todavía no ha logrado la clasificación en el momento de presentar su oferta, pero razonablemente está en condiciones de obtenerla antes de la adjudicación?

Por regla general, la acreditación de la clasificación se acompaña con la oferta o proposición económica, y demás documentación que presentan los licitadores; ahora bien, también cabe acreditarla con posterioridad, pero siempre antes de la adjudicación. La clasificación es un requisito exigido para ser adjudicatario, pero no se impone con carácter general para ser licitador y presentar una oferta o proposición. El licitador puede acompañar su oferta con un documento que acredite haber solicitado ya la clasificación. Esa solicitud debe haberse presentado con una antelación suficiente para que el acto expreso de clasificación deba dictarse antes de la adjudicación del contrato.

Hay que tener en cuenta que el plazo máximo para dictar y notificar el acto de clasificación es de 6 meses (disposición adicional 3ª del RD 1098/2001) y que, transcurrido ese plazo, se entiende otorgada la clasificación por silencio administrativo positivo. Ahora bien, la aplicación práctica de esa previsión reglamentaria del silencio no está exenta de dificultades, ya que aunque los operadores económicos indican los grupos o subgrupos para los que solicitan la clasificación, la concreta categoría que les corresponde dentro de ellos se otorga de oficio.

17.20. ¿Qué ocurre con la clasificación del licitador cuando se produce un proceso de escisión o absorción de sociedades?

El Informe de la JCCA 7/92, de 27 de febrero de 1992, se refiere a los procesos de escisión o absorción de sociedades. En esos casos procede revisar la clasificación para introducir los ajustes que resulten pertinentes.

En el supuesto de escisión de la sociedad clasificada, debe revisarse la clasificación de la empresa que se escinde, para en su caso disminuir las categorías de clasificación, en la medida en que esa disminución venga determinada por los elementos que, como consecuencia de la escisión, deban ser tenidos en cuenta en el nuevo expediente de clasificación de la parte escindida que se constituye en nueva sociedad.

En caso de absorción de la parte escindida por otra sociedad existente y ya clasificada a efectos de contratación administrativa, procede revisar la clasificación de las dos sociedades (tanto la escindida como la absorbente), para dejar de tomar en consideración en la primera los elementos que, como consecuencia de la escisión y absorción, han de ser tenidos en cuenta en la segunda. Precisa el Informe JCCA 48/99, de 21 de diciembre de 1999 que, si como consecuencia de la fusión o escisión se transmite en bloque todo el patrimonio y hay una sucesión universal, a la absorbente debe serle reconocida la experiencia acumulada por la sociedad escindida o fusionada. A igual conclusión llega para el caso de aportación de una rama de actividad.

18.1. ¿Qué son las prohibiciones de contratar?

Se trata de una fórmula administrativa para impedir que las Administraciones y demás sujetos del sector público celebren contratos con empresarios u operadores económicos que vulneren bienes jurídicos protegidos como la honorabilidad, la probidad, o la objetividad de las autoridades y servidores públicos sujetos a un régimen de incompatibilidades⁵⁸. La infracción de las prohibiciones de contratar determina la nulidad del contrato.

18.2. ¿A qué sujetos del sector público se aplica en régimen de prohibiciones de contratar?

Ahora la LCSP contiene dos listados de causas de prohibición, uno aplicable a los contratos que se vayan a celebrar con cualquier sujeto del sector público (artículo 49.1 LCSP), y otro específicamente aplicable, junto al anterior, a las Administraciones Públicas en sentido estricto (artículo 49.2 LCSP).

18.3. ¿Qué novedades introduce la LCSP en materia de prohibiciones de contratar?

Sin descender a detalles minuciosos, cabe destacar las siguientes novedades introducidas por la LCSP en materia de prohibiciones de contratar: *i)* establecimiento de nuevas causas penales

58 Dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 1995 (número 830/1995): “Debe distinguirse entre supuestos de prohibición de contratar y causas de incapacidad para contratar. La diferencia entre ambas es clara. La prohibición significa la selección normativa de unos valores o intereses jurídicos cuya protección se hace efectiva mediante la privación de efectos al actuar contrario a los mismos. La incapacidad exige la definición de supuestos de inhabilidad para actuar jurídicamente mediante la realización de concretos negocios o actos jurídicos en razón de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que permitan discernir la existencia de su consentimiento libre y no viciado de quien tiene reconocida su capacidad general por el ordenamiento jurídico”.

determinantes de la prohibición; *ii*) ampliación de las sanciones administrativas que justifican la prohibición; *iii*) regulación de precisiones relativas a las circunstancias de incompatibilidad de las autoridades y servidores públicos; *iv*) incorporación de los incumplimientos precontractuales como causa de prohibición; y *v*) establecimiento de un régimen de prescripción.

18.4. ¿Qué nuevas circunstancias penales pueden determinar la incapacidad para contratar?

Hay algunos delitos o penas que antes no se mencionaban en el TRLCAP/2000, y que ahora se han incorporado a la LCSP como determinantes de una prohibición de contratar; por ejemplo: *i*) los delitos de asociación ilícita; *ii*) los delitos relativos a la protección del medio ambiente; ó *iii*) la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

18.5. ¿Qué ocurriría con la prohibición de contratar derivada de una condena penal, en caso de que se cese a un directivo que incurso en actuaciones procesales antes de que se dicte Sentencia?

Como la prohibición de contratar se produce como consecuencia de la firmeza de la Sentencia condenatoria, cabría pensar que, si el directivo de la empresa es cesado antes de que se dicte Sentencia, o antes de que la Sentencia gane firmeza, la contratista quedase al margen de los efectos de ese pronunciamiento penal, y por consiguiente no sufriese la prohibición de contratar. Ahora bien, esa interpretación ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Supremo, que considera que lo relevante es la existencia de vinculación en el momento de realizarse la conducta punible, por lo que es indiferente que ya no exista vínculo con la empresa contratista en el momento de la condena⁵⁹.

59 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2005 (ponente Octavio Juan Herrero Pina): *“Sin embargo, una interpretación no literalista, sistemática y finalista del precepto lleva a entender que lo que pretende evitar es la intervención de personas físicas o jurídicas que hayan incurrido en conductas merecedoras del indicado reproche penal, que en el caso de las personas jurídicas se plasma en la condena a los administradores o representantes que, vigente su cargo o representación, realizan las actuaciones objeto del reproche penal en nombre o a beneficio de las personas jurídicas correspondientes, empleando el referido artículo 20.a) expresiones semejantes al artículo 31 del vigente Código Penal, para determinar el alcance de la responsabilidad penal de quienes actúan en nombre o representación de otro o como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, de manera que la vigencia del cargo o representación ha de referirse al momento de la actuación penada y como presupuesto para atribuir la responsabilidad por otro (en este caso la persona jurídica representada) y no al momento de la condena. Por otra parte, un interpretación distinta como la que se pretende por la parte recurrente, haría de peor derecho a los contratistas individuales frente a las personas jurídicas, propiciando que éstas últimas quedaran exoneradas de las consecuencias de una conducta, imputable a las mismas en cuanto realizada en su beneficio a través de sus administradores o representantes, mediante la fórmula del cese de los mismos una vez conocido el proceso penal y ante una eventual sentencia condenatoria. Este criterio no sólo se sostiene en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 7 de noviembre de 1995, invocado en la resolución impugnada, sino que también este Tribunal, en sentencia de 11 de noviembre de 2003 (recurso de casación 212/98), ha tenido ocasión de examinar la cuestión, señalando que «del art. 20 de tan mencionada Ley no se desprenden las consecuencias que*

18.6. ¿Qué sanciones administrativas pueden determinar la incapacidad para contratar?

La novedad más relevante es la introducción de las sanciones administrativas en materia ambiental como causa de prohibición de contratar. El artículo 49.1.c) de la LCSP se refiere a las sanciones administrativas impuestas por infracción de la siguiente normativa: *i)* evaluación de impacto ambiental; *ii)* costas; *iii)* conservación de los espacios naturales y de la flora y la fauna silvestres; *iv)* envases y residuos de envases; *v)* residuos; *vi)* aguas; y *vii)* prevención y control integrados de la contaminación.

18.7. ¿Qué novedades introduce la LCSP respecto a las prohibiciones de contratar con autoridades o personal al servicio de la Administración que estén incurso en incompatibilidades?

En comparación con la regulación dispuesta en el TRLCAP/2000, probablemente la novedad más destacada es la introducción de una referencia expresa que extiende la prohibición de contratar a las personas jurídicas en cuyo capital participen el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos a su servicio, en los casos y términos previstos en la legislación sobre incompatibilidades.

18.8. ¿Puede un Concejal evitar la prohibición de contratar por el sencillo expediente de abstenerse de la votación en el Pleno del Ayuntamiento?; ¿debe renunciar a su cargo de Concejal si quiere aspirar a la adjudicación de un contrato por el Ayuntamiento del que forma parte?

Es causa de inelegibilidad y también de incompatibilidad con la condición de Concejal, ser contratista o subcontratista de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de

postula sobre la base del cese del administrador o representante, puesto que al margen de una interpretación rigurosamente gramatical, que sólo es un medio de interpretación entre los que figuran en el art. 3, 1 del Código Civil como criterios hermenéuticos, el que pretende es contrario a diversos principios y postulados jurídicos, porque, en primer término, provocaría una diversidad de tratamiento jurídico, que no se justifica, entre los empresarios individuales y las personas jurídicas, toda vez que para aquéllos una vez declarada la suspensión o la prohibición de contratar perduraría por todo el tiempo marcado, mientras que para las personas jurídicas (para actuaciones de sus administradores o representantes), la prohibición, o la suspensión, desaparecerían una vez que cesaran en sus cargos, lo que proporcionaría a aquéllos una mejor condición, sin que haya razón objetiva alguna que justifique esa diversidad de tratamiento, al margen de que la solución que sugiere aquí la parte recurrente llevaría a la autodesvinculación por la propia persona moral, en virtud de una decisión autónoma suya, de las consecuencias jurídicas de todo orden que les pueden alcanzar por la actuación de sus órganos de administración o representación, cuando lo que concurre es una configuración orgánica de la relación jurídica entre administración o representante y la persona jurídica, por lo que la imputación a ésta de las actuaciones de su administrador o representante, de la que es órgano propio, y de cuya actuación no cabe exonerar a la persona moral por el cese del administrador, conduce a entender que no se han producido aquí las infracciones que señala el recurrente en cuanto a la aplicación de la Ley mas favorable, sencillamente porque de tal Ley no cabe deducir lo que indica dicha parte como interpretación más favorable, al no poderse entender en el sentido que sostiene, y ello impone la desestimación del motivo».

la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes (artículo 178.2 de la LOREG). Cuando de forma sobrevenida y después de las elecciones se produzca una situación de incompatibilidad, el afectado debe optar en el plazo de 10 días entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad (artículo 178.3 LOREG).

En materia de contratación administrativa, conviene advertir que la opción debe ejercerse cuando se decide participar en el proceso de selección del adjudicatario del contrato administrativo. Es decir, no cabe participar en el proceso de selección del contratista y, una vez adjudicado el contrato, ejercer la opción abandonando el cargo público local por razón de incompatibilidad sobrevenida. De lo contrario no se satisfacen adecuadamente los objetivos de moralidad pública, pues alguien puede pensar que el Concejal se ha aprovechado del cargo público para obtener la adjudicación del contrato (lo importante es proteger la apariencia de imparcialidad)⁶⁰. La prohibición de contratar con la propia Corporación se manifiesta desde el inicio del expediente, razón por la cual el Concejal que pretenda concurrir a una contratación debe dimitir previamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1989). O, por decirlo en los términos empleados por la JCCA, *“en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 de la Ley Orgánica citada debe ejercitarse, si procede, antes de la adjudicación del contrato”* (Informe de 20 de marzo de 1997, expediente 7/1998).

Por otro lado, la simple abstención en la votación o la inasistencia a la sesión del Pleno son circunstancias que no eliminan la prohibición de contratar. Como declara la JCCA en su Informe de 13 de noviembre de 2001 (Expediente 29/2001): *“Las personas jurídicas cuyos administradores tengan la condición de concejales, los cónyuges de éstos o de personas vinculadas a los mismos con análoga relación de afectividad, incurrir en la causa de prohibición para contratar prevista en el art. 20.e) TRLCAP. La referida prohibición no puede ser desvirtuada por la ausencia o abstención del Concejal en el Pleno, ni mediante la realización de un contrato menor, ni por tratarse de una empresa propietaria de la única televisión local y la única radio local privada, aunque se pretenda suscribir con la misma un contrato de publicidad”*.

Ello no obstante, se han introducido importantes matizaciones respecto a esa línea general de principio, pues de lo contrario en algunas situaciones particulares se producen resultados

60 Según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004: *“Desde luego, no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido (...) En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de “moralidad pública” para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no solo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas”*.

contrarios a la lógica de lo razonable. En ese sentido, *“la circunstancia de que formen parte de las asambleas generales y consejos de administración de cajas de ahorro, representantes de un Ayuntamiento, no impide la celebración de contratos entre ambos”* (Informe JCCA de 16 de febrero de 1994, expediente 6/1992).

Un caso particular es el que se produce en los Ayuntamientos que se administran con arreglo a la fórmula del Concejo Abierto, que es una manifestación singular de la participación directa del vecino. Por debajo de los 100 vecinos residentes el municipio funciona en Concejo Abierto, en el que la administración y gobierno corresponde a la Asamblea Vecinal y al Alcalde que es elegido directamente por mayoría absoluta. Pues bien, a juicio del Informe de la JCCA de 12 de julio de 1993 (expediente 15/1993): *“la prohibición (...) alcanza exclusivamente a los Alcaldes pedáneos de municipios en régimen de concejo abierto, que son cargos electivos (...) pero no a los restantes miembros de la asamblea vecinal, ni a los tenientes de alcalde, en quienes no concurre tal condición”*.

18.9. ¿Qué incidencia tienen las relaciones contractuales o precontractuales con la Administración en las prohibiciones de contratar?

Tradicionalmente se ha venido prohibiendo contratar con la Administración Pública a los empresarios que hayan dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato. Ahora se mantiene esa causa de prohibición de contratar, pero debe destacarse que únicamente se aplica a los contratos celebrados con las Administraciones Públicas en sentido estricto y no con otros sujetos del sector público.

Por otro lado, el artículo 49.2.d) de la LCSP ha introducido una novedad, pues ahora se tipifica como prohibición de contratar con las Administraciones Públicas haber retirado indebidamente la proposición o candidatura para resultar adjudicatario de un contrato, o haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato por no constituir la garantía, o por no cumplir cualquiera de las otras circunstancias expresamente mencionadas en el artículo 135.4 de la LCSP (relativas a la aportación de la documentación necesaria para que la adjudicación sea definitiva), siempre y cuando hubiera mediado dolo, culpa o negligencia en el contratista.

Finalmente, aun cuando no se establezca en el pliego su carácter esencial a los efectos de constituir una causa determinante de la resolución del contrato, es causa de prohibición de contratar el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSP (por ejemplo, las sociales o las ambientales), siempre y cuando el incumplimiento hubiese sido definido en el pliego o en el contrato como infracción muy grave, y concurra dolo, culpa o negligencia del empresario.

18.10. ¿Se pueden evitar las prohibiciones de contratar por la vía de la subcontratación?

No. Conforme a lo establecido en el artículo 210.5 de la LCSP, en ningún caso puede concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o en quienes concurra alguna prohibición de contratar.

18.11. ¿Puede el pliego de cláusulas administrativas establecer prohibiciones de contratar que no estén tipificadas en la Ley?

No. La tipificación de las prohibiciones de contratar es una materia reservada a la Ley, y por tanto, el pliego de cláusulas administrativas no puede añadir nuevos supuestos, ni introducir precisiones o matices en las causas expresamente dispuestas en la Ley. Según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996: *“en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de Ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer éstas”*.

18.12. ¿Quién tiene competencia para apreciar la existencia de una prohibición de contratar?

En ocasiones es el propio órgano de contratación quien directamente puede apreciar la existencia de una prohibición de contratar. Otras veces será preciso instruir un procedimiento *“ad hoc”* para verificar la concurrencia de la prohibición de contratar.

Conforme a lo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, el órgano de contratación puede apreciar directamente la existencia de una prohibición de contratar en los siguientes casos: *i)* situación concursal o de insolvencia; *ii)* no estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social; *iii)* incompatibilidades de autoridades o del personal al servicio de las Administraciones Públicas; y *iv)* contratación con personas que por haber formado parte del Gobierno o haber tenido un alto cargo están incursas en un conflicto de interés.

En las demás causas determinantes de la prohibición de contratar es necesario sustanciar un procedimiento administrativo para comprobar la efectiva existencia de la prohibición y determinar su alcance y efectos.

Un caso particular es el de la prohibición de contratar que deriva de la condena impuesta por una sentencia penal firme. Si la sentencia se pronuncia expresamente sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar, entonces se apreciará directamente por los órganos de contratación, subsistiendo la prohibición durante el plazo señalado en la sentencia. Ahora bien, cuando la sentencia no contenga un pronunciamiento expreso sobre la prohibición o su duración, la prohibición se aprecia directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deben determinarse mediante la instrucción de un procedimiento administrativo.

18.13. ¿Cuál es la duración máxima de la prohibición de contratar?

Cuando derive de la condena impuesta por una sentencia penal firme, la duración máxima de la prohibición de contratar es de 8 años (artículo 50.2 de la LCSP).

Respecto a las demás causas determinantes de una prohibición de contratar, la regla general es que su duración máxima es de 5 años (artículo 50.2 de la LCSP).

Hay una regla particular para la prohibición de contratar derivada de haber retirado indebidamente la proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o por haber im-

posibilitado la adjudicación definitiva al no aportar la documentación justificativa exigida por la Ley. En ese caso la prohibición tiene una duración de 2 años, contados desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (artículo 50.2 de la LCSP).

También hay una regla particular para la prohibición de contratar que resulta del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato. En ese caso la prohibición no puede exceder de 1 año de duración (artículo 50.2 de la LCSP).

En aquellos casos en los que el órgano de contratación no tiene competencia para apreciarla directamente, sino que hay que instruir un procedimiento *“ad hoc”* para determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar, para fijar esos extremos hay que ponderar la eventual existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario, así como la entidad del daño causado a los intereses públicos.

18.14. ¿Qué establece la LCSP respecto a la prescripción de las prohibiciones de contratar?

El TRLCAP/2000 guardaba silencio a este respecto; ahora el artículo 50.2 de la LCSP establece que el procedimiento para declarar la concurrencia de una prohibición de contratar no puede iniciarse si han transcurrido más de tres años contados a partir de las fechas establecidas en la Ley en relación a concretas y específicas causas determinantes de la prohibición de contratar. En el caso concreto de haberse incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, el plazo de prescripción es de tres meses desde que se produjo el incumplimiento.

19.1. ¿Puede la proposición u oferta del licitador introducir reservas o salvedades a las condiciones establecidas en el pliego?

La proposición u oferta debe ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las condiciones o cláusulas, sin salvedad o reserva alguna (artículo 129.1 de la LCSP).

19.2. ¿Puede un mismo licitador presentar más de una oferta?

La regla general es que cada licitador sólo puede presentar una proposición (artículo 129.3 de la LCSP). En ese sentido, no cabe formular una oferta individual y además otra participando en una UTE; tampoco se puede participar en más de una UTE que formule oferta a la misma licitación. La infracción de esa regla da lugar a que todas las propuestas formuladas por ese licitador sean rechazadas y excluidas del procedimiento, por lo que en consecuencia no serán valoradas.

Hay dos excepciones a esa regla general: *i)* cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto la posibilidad de ofrecer variantes o mejoras, en los supuestos en que para la adjudicación del contrato se tengan en cuenta criterios distintos al precio; y *ii)* cuando se trate de una subasta electrónica y se permita la presentación de mejoras en los precios, o nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto.

19.3. ¿Qué régimen se aplica a las ofertas formuladas por las empresas vinculadas?

Las empresas vinculadas no pueden presentar más de una oferta (artículo 129.4 de la LCSP).

Se consideran vinculadas las empresas que formen parte de un mismo grupo, siempre que concurren las circunstancias tipificadas en el artículo 42 del Código de Comercio. Existe un grupo de empresas vinculadas cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión.

En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando la sociedad dominante: *i)* posea la mayoría de los derechos de voto en la sociedad dominada; *ii)* tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; *iii)* pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; ó *iv)* haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley, se propuso establecer un régimen estricto que eliminase toda posibilidad de que las empresas vinculadas pudieran formular ofertas. Sin embargo, en el trámite del Senado se ha introducido una nueva regulación más flexible sobre los efectos de la presentación de ofertas por empresas vinculadas.

Conforme a lo establecido en el artículo 129.4 LCSP, si se trata de un contrato de concesión de obra pública, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas determina la exclusión del procedimiento de licitación de todas las ofertas presentadas, y a todos los efectos.

En cambio, en los demás contratos distintos al contrato de concesión de obra pública, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen para el régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

19.4. ¿Qué ocurre cuando la vinculación entre las empresas se produce durante el período de presentación de ofertas?

Cuando la vinculación sobrevenga después de la presentación de alguna oferta, y antes de que concluya el plazo para presentación de ofertas, únicamente podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las empresas entre las que exista el vínculo.

19.5. ¿Qué sucede si, después de presentar una oferta, la empresa se extingue?

Si durante la tramitación del procedimiento de selección, y antes de la adjudicación, se produce la extinción de la personalidad jurídica de una empresa licitadora (por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial), le sucederá en su posición en el procedimiento de selección de contratistas la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, las beneficiarias de la escisión, o las adquirentes del patrimonio (pero sólo si reúnen las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar exigidas en el pliego para poder participar en el procedimiento de selección).

19.6. ¿Qué ocurre si el licitador se equivoca e incluye algún error en su oferta?; ¿qué sucede si hay algún defecto u omisión?

Todo dependerá del tipo de error u omisión. A esos efectos se distinguen los errores y omisiones subsanables y los insubsanables, que justifican la exclusión de la oferta. Si el defecto u

omisión es subsanable, debe otorgarse al licitador un plazo razonable de tiempo (que se fija reglamentariamente) para que corrija o complete la documentación presentada.

La normativa de contratación no establece un listado de los defectos que son subsanables o insubsanables. En cualquier caso, interesa exponer aquí algunos criterios concretos que puedan orientar al lector de esta Guía Práctica, extraídos de la práctica y de la jurisprudencia.

Son subsanables los defectos que afectan a la “acreditación” de los requisitos exigidos para concurrir en el proceso de selección. Por el contrario, son insubsanables los defectos que inciden en la “existencia” de tales requisitos, pues la existencia de tales requisitos exigidos a los licitadores afecta al principio de igualdad en la concurrencia (Informe JCCA 37/97, de 10 de noviembre de 1997).

Por ejemplo, son subsanables los defectos de acreditación de haber constituido la garantía provisional, pero es insubsanable el defecto de no haber constituido esa garantía dentro del período de presentación de proposiciones (Informe JCCA 31/00, de 30 de octubre de 2000). También es insubsanable la omisión del sobre que debe contener los documentos relativos a la capacidad de obrar (Informe JCCA 36/04, de 7 de junio de 2004).

Es subsanable el defecto consistente en la aportación del resguardo acreditativo del depósito del aval en la Caja General de Depósitos, cuando lo procedente es aportar el documento original de constitución del aval (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998).

También es subsanable el no haber obtenido la clasificación como contratista en el momento de presentar la oferta (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1987); ahora bien, para ello es necesario haberlo solicitado con una antelación suficiente para que la Administración dicte y notifique resolución expresa antes de la fecha de la adjudicación del contrato.

Es igualmente subsanable la omisión de la firma en la oferta o proposición, por lo que el licitador tiene derecho a que se le otorgue un plazo para enmendar la negligencia u olvido (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004). También es subsanable el error aritmético que se constata por la falta de coincidencia entre el precio fijado en el presupuesto del proyecto, y el precio fijado en la proposición económica (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1982)⁶¹.

61 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1982 (ponente José Garralda Valcárcel): *“si además de los preceptos sobre errores aritméticos antes invocados aplicamos a nuestro caso lo que dicen los arts. 1281 y 1282 del C. Civ., normas en las que se reconoce la prevalencia de la intención sobre el sentido literal de las cláusulas contractuales y se dispone la averiguación de la verdadera intención atendiendo a los actos de los contratantes coetáneos y posteriores al contrato (actos entre los que hay que ponderar tanto los de la Administración admitiendo la rectificación de la oferta e informando favorablemente por medio de sus servicios técnicos la rectificación que ahora se discute, como los de la Agrupación presentando un proyecto correcto en cuanto a la determinación de unidades de obra y un presupuesto igualmente correcto en sus partidas, pero con «errores materiales de operaciones o transcripciones», como señala tan citado informe de la propia Administración, que además contiene la afirmación de que «los errores no modifican la medición») hemos de concluir sosteniendo, que cualquier posible diferencia que por error de suma pueda haber entre la documentación base y causa de la propuesta y la propuesta en sí misma considerada, debe ser salvada dando preferencia a aquélla sobre ésta, esto es, haciendo primar la auténtica voluntad manifestada, lo que se consigue procediendo la Administración a corregir tan repetidos errores”.*

19.7. ¿Por qué tipo de errores o en qué circunstancias se puede rechazar una oferta?

Hay errores que no son subsanables, y por ello la oferta debe ser rechazada. Así sucede cuando en la oferta concurre alguna de las siguientes circunstancias: *i)* cuando no guarda concordancia con el resto de la documentación presentada; *ii)* cuando exceda del presupuesto base de licitación; *iii)* cuando varíe sustancialmente el modelo establecido; *iv)* cuando incluya un error manifiesto en el importe de la proposición; ó *v)* cuando el licitador reconozca que la oferta adolece de error o inconsistencia que la haga inviable.

Por contra, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo de proposición u oferta no debe ser causa bastante para su rechazo, con tal de que el cambio o la omisión no alteren su sentido.

19.8. ¿Se puede rechazar una proposición u oferta que por error se haya introducido en el sobre relativo a la capacidad de los licitadores?

Si en el sobre relativo a la capacidad se incluyen aspectos técnicos o la proposición económica, hay fundamento para rechazar la oferta errónea o negligente, porque se vulnera la regla que exige que las ofertas sean secretas hasta el momento de la licitación pública (Informe JCCA 43/02, de 17 de diciembre de 2002).

19.9. ¿Qué ocurre si hay discordancia entre el precio expresado en letras y el indicado en números?

Salvo que el pliego establezca qué importe tiene prevalencia, la regla general es que esa discordancia justifica el rechazo de la oferta (Informe JCCA 45/06, de 30 de octubre de 2006).

19.10. ¿Cómo regula la LCSP las ofertas con valores anormales o desproporcionados?

Conforme a lo establecido en la LCSP, el precio del contrato debe responder a valores reales de mercado (artículo 75.1). En consecuencia, la Ley establece cautelas en relación a las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, que pueden determinar que la ejecución del contrato no sea viable en los términos propuestos (artículo 136 de la LCSP). Esas cautelas para prevenir el riesgo de incumplimiento contractual pueden desembocar, bien en la exclusión de la oferta, bien en el reforzamiento de las garantías que se exigen al adjudicatario.

La LCSP intenta objetivar los criterios que se utilizan para determinar cuándo una oferta es anormal o desproporcionada, remitiéndose bien al Reglamento de desarrollo de la Ley, bien a los pliegos de contratación.

Cuando el precio es el único criterio que se tiene en cuenta para adjudicar el contrato, es en el Reglamento donde deben detallarse los parámetros objetivos que se utilizarán para valorar las ofertas anormales o desproporcionadas, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Cuando para la adjudicación del contrato se ponderen otros criterios además del precio, corresponde a los pliegos fijar los parámetros objetivos que justifican la presunción de que el contrato no podrá ser cumplido por la inclusión en la oferta de valores anormales o desproporcionados.

Conviene añadir que esa remisión al Reglamento o al pliego no se aplica cuando se trate de la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada adjudicados por sujetos que no tengan la condición de Administración pública en sentido estricto (artículo 174.1.a) LCSP).

19.11. ¿Qué trámites debe seguir la Administración cuando se presenta una oferta anormal o desproporcionada?

Si aplicando los parámetros del Reglamento o del pliego resulta que una de las ofertas presentadas puede calificarse como anormal o desproporcionada, la Administración no puede excluir directamente la proposición, sino que está obligada a dar al interesado la oportunidad procesal de justificar los términos económicos de su oferta (artículo 136.3 de la LCSP).

A tal efecto, le dará audiencia para que justifique la valoración de su oferta. Entre otros extremos, la justificación puede referirse a lo siguiente: *i)* el ahorro que se obtiene; *ii)* las soluciones técnicas adoptadas; *iii)* la originalidad de las prestaciones propuestas; ó *iv)* la posible obtención de una ayuda de Estado.

Hay que destacar que si el interesado no presenta alegaciones para justificar su oferta anormal o desproporcionada, la Administración puede entender que la oferta no es seria, y que hay fundamento suficiente y adecuado para incautar la garantía provisional.

A la vista de esas alegaciones del interesado para justificar la viabilidad de su oferta, el órgano de contratación debe solicitar asesoramiento técnico del servicio administrativo que corresponda por razón de la materia.

Teniendo en cuenta las alegaciones del interesado y los informes técnicos, el órgano de contratación puede, bien adjudicar provisionalmente el contrato a ese interesado, bien adjudicarlo provisionalmente a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa, si considera que la primera se halla incurso en temeridad, y que, por tanto, no puede ser cumplida en los términos ofertados.

Si adjudica el contrato a la oferta presuntamente anormal o desproporcionada, existe fundamento para incrementar la garantía definitiva por encima del 5 por ciento que con carácter general establece la LCSP. Ahora bien, para ello es necesario que el pliego haya establecido la posibilidad de incrementar ese porcentaje, que puede llegar a ser del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

19.12. ¿Qué sucede cuando la oferta es anormal o desproporcionada por que el licitador es beneficiario de una ayuda pública?

Que el licitador se beneficie de una subvención pública o ayuda de Estado no es un obstáculo que impida la adjudicación del contrato. Si ésta es la circunstancia que determina el carácter anormal o desproporcionado de la oferta, sólo cabe el rechazo por razón de la subvención o ayuda cuando el interesado no pueda acreditar que se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. En ese punto la LCSP exige una prueba negativa de difícil aplicación práctica.

En caso de rechazarse la oferta con fundamento en la ayuda o subvención, y si se tratase de un contrato sujeto a regulación armonizada, el órgano de contratación debe informar a la Comisión Europea.

19.13. ¿Qué puede hacer la Administración cuando no adjudica el contrato porque las ofertas se rechazan por ser anormales o desproporcionadas?

Cuando un procedimiento abierto, restringido o de diálogo competitivo, no desemboca en la adjudicación del contrato porque las proposiciones u ofertas económicas son anormales o desproporcionadas, la Administración puede incoar un procedimiento negociado, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

19.14. ¿Cuáles son los medios de comunicación que pueden utilizarse para formular una oferta o proposición?; ¿es posible anunciar telefónicamente la presentación de una oferta?

Respecto a los medios de comunicación utilizables, la disposición adicional decimoctava de la LCSP introduce novedades relevantes. Las comunicaciones e intercambios de información pueden hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Para que puedan declararse admisibles, los medios de comunicación deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, de su uso no debe derivarse ninguna restricción al acceso de los empresarios e interesados a los correspondientes procedimientos.

Las comunicaciones, los intercambios y el almacenamiento de información deben realizarse de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos, y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación, o hasta el momento fijado para su apertura.

Los órganos de contratación pueden admitir la comunicación telefónica para la presentación de solicitudes de participación. En ese caso, el solicitante que utilice este medio deberá confirmar su solicitud por escrito antes de que expire el plazo fijado para su recepción.

Los órganos de contratación pueden exigir que las solicitudes de participación enviadas por telefax sean confirmadas por correo o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, cuando ello sea necesario para su constancia. Esta exigencia deberá ser recogida en el anuncio de licitación, con indicación del plazo disponible para su cumplimentación.

20.1. ¿En qué consiste el procedimiento abierto?

En el procedimiento de licitación abierto la Administración hace una oferta pública dirigida a cualquier interesado, que puede contestar presentando su proposición (artículo 141 y siguientes de la LCSP).

En la elección de la oferta económicamente más ventajosa queda excluida toda negociación con los licitadores de los términos del contrato. Desde esa perspectiva, es un puro contrato de adhesión.

20.2. ¿Qué novedades introduce la LCSP en el procedimiento abierto?

Las novedades más relevantes son: *i)* una regulación muy detallada de los plazos; y *ii)* el establecimiento de cauces de información de los interesados.

20.3. ¿Cuál es el calendario básico de desarrollo del procedimiento abierto?

Los plazos se refieren a los siguientes hitos o trámites del procedimiento de selección (artículo 143 de la LCSP): *i)* la recepción de información; *ii)* la presentación de proposiciones; *iii)* la apertura de las proposiciones; y *iv)* la adjudicación provisional del contrato.

Aunque hay muchas reglas particulares, el calendario general de plazos se puede esquematizar en los siguientes términos: *i)* 6 días para la recepción de información; *ii)* un mínimo de 52 días para la presentación de proposiciones si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada, y un mínimo de 15 días si se trata de contratos que no están sujetos a regulación armonizada; *iii)* 1 mes para la apertura de las proposiciones; y *iv)* 15 días para la adjudicación provisional del contrato cuando sólo se valore el precio, o 2 meses cuando se tengan en cuenta una pluralidad de criterios.

INFORMACIÓN	PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES	APERTURA DE LAS PROPOSICIONES	ADJUDICACIÓN PROVISIONAL
6 días	52 días (contratos armonizados)	1 mes	15 días (valoración del precio)
	15 días (contratos no armonizados)		2 meses (valoración de una pluralidad de criterios)

Llama la atención que la LCSP no precise el plazo de tiempo que tiene la Administración para calificar la documentación relativa a la capacidad de los licitadores.

En relación a los plazos hay que destacar que se computan por días naturales, que es la regla general en materia de contratación (a diferencia del cómputo de los días hábiles que rige con carácter general en el procedimiento administrativo).

De no producirse la adjudicación del contrato en el plazo legalmente establecido, los licitadores tienen derecho a retirar su proposición. En esas circunstancias la retirada está justificada, y en consecuencia no comporta la incautación de la garantía provisional.

20.4. ¿Qué novedades hay en materia de información a los interesados?

En cuanto a la información, la LCSP reconoce a los interesados el derecho a recibir información de los pliegos o cualquier otra documentación complementaria.

La regla general es que la Administración debe remitir esa información en el plazo de 6 días desde que el interesado la solicita.

Si transcurrido ese plazo el interesado no hubiera recibido la información, debe prorrogarse el plazo para la presentación de ofertas, con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades, y que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para sus formular ofertas.

21.1. ¿En qué consiste el procedimiento restringido?

Es un procedimiento bifásico que se utiliza para contratos de adhesión en los que no hay margen de negociación; en la primera fase se selecciona a los participantes; en la segunda fase se selecciona la propuesta u oferta (artículos 146 y siguientes de la LCSP).

En el procedimiento restringido sólo pueden participar los aspirantes que tengan un perfil previamente identificado por la Administración, y así lo soliciten.

Asimismo, sólo puede presentar proposición el círculo restringido de empresarios que hayan sido invitados por la Administración, por reunir unas condiciones objetivas de solvencia idóneas para la ejecución del contrato.

21.2. ¿Cómo se desarrolla el procedimiento restringido?

La selección mediante el procedimiento restringido se desarrolla en las siguientes fases o trámites:

- i)* se inicia mediante la publicación de los criterios objetivos (referidos a las características o perfil empresarial que debe tenerse en cuenta para formular las invitaciones), y el número mínimo de empresas que se proyecta invitar (que no puede ser inferior a 5) y, en su caso, el número máximo de licitadores que serán admitidos;
- ii)* las empresas interesadas solicitarán ser invitadas y aportarán la documentación acreditativa de las características requeridas al establecer el perfil (así como su capacidad y solvencia técnica y financiera);
- iii)* a la vista del perfil empresarial de los solicitantes, la Administración seleccionará a los que resultan invitados a presentar una oferta;
- iv)* las empresas invitadas presentarán su oferta junto con el documento acreditativo de haber constituido la garantía provisional.

En el procedimiento restringido está prohibida toda negociación con los licitadores de los términos del contrato.

21.3. ¿Qué ocurre si no se alcanza el número mínimo de candidatos exigido en la convocatoria y por tanto no se puede cursar ese número mínimo de invitaciones?

Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior al mínimo establecido en la convocatoria, el órgano de contratación puede continuar el procedimiento con los aspirantes que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitar a otros empresarios que no hayan solicitado participar, o a candidatos que han solicitado la participación pero no posean las condiciones solicitadas y no cumplan con el perfil requerido.

21.4. ¿Cuál es el contenido mínimo de la invitación para formular una proposición u oferta?

El contenido mínimo de la invitación debe extenderse a los siguientes extremos: *i)* anuncio de licitación publicado en los correspondientes Diarios Oficiales; *ii)* fecha límite para la recepción de ofertas; *iii)* dirección a la que deben enviarse las ofertas; *iv)* lengua en la que debe estar redactada la oferta; *v)* criterios de adjudicación y su ponderación relativa; y *vi)* lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

21.5. ¿Es necesario constituir la fianza provisional en la fase de selección de participantes?

No. Para presentarse en la primera fase de selección de participantes no procede la constitución de garantía provisional, que se presta por quienes la superen, accedan a la segunda fase, y presenten una proposición u oferta.

21.6. ¿Qué novedades introduce la LCSP en el procedimiento restringido?

Al igual que en el procedimiento abierto, en el restringido las novedades se refieren a los plazos y a la información que se suministra a los interesados en participar en la licitación.

21.7. ¿Cuál es el calendario básico de desarrollo del procedimiento restringido?

Los plazos se refieren a los siguientes hitos o trámites del procedimiento de selección del contratista: *i)* solicitud de participación; *ii)* solicitud de información; *iii)* presentación de proposiciones; *iv)* apertura de las proposiciones; y *v)* adjudicación provisional del contrato.

La LCSP no concreta el plazo para la selección de participantes a la vista del perfil previamente identificado en el pliego.

SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN	INFORMACIÓN	PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES	APERTURA DE LAS PROPOSICIONES	ADJUDICACIÓN PROVISIONAL
37 días -52 días en concesión obra pública- (contratos no armonizados)	6 días	40 días (contratos armonizados)	1 mes	15 días (valoración del precio)
10 días (contratos armonizados)		15 días (contratos no armonizados)		2 meses (valoración de una pluralidad de criterios)

Aunque hay muchas reglas particulares, el calendario general de plazos se puede esquematizar en los siguientes términos: *i)* un mínimo de 37 días para la presentación de solicitudes de participación si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada (52 días en el caso del contrato de concesión de obra pública), y un mínimo de 10 días si se trata de contratos que no están sujetos a regulación armonizada; *ii)* 6 días para la recepción de información desde su petición; *iii)* un mínimo de 40 días para la presentación de proposiciones si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada, y un mínimo de 15 días si se trata de contratos que no están sujetos a regulación armonizada; *iv)* 1 mes para la apertura de las proposiciones; y *v)* 15 días para la adjudicación provisional del contrato cuando sólo se valore el precio, o 2 meses cuando se tenga en cuenta una pluralidad de criterios.

21.8. ¿Qué novedades hay en materia de información a los interesados?

En cuanto a la información, la LCSP reconoce a los interesados el derecho a recibir información de los pliegos o cualquier otra documentación complementaria. Ahora bien, cuando la documentación esté en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, para obtener esa información se puede exigir el pago de una cantidad de dinero (que debe entenderse referida al coste de las copias y del envío de los documentos), cuyo importe debe precisarse al formular la invitación para participar.

La regla general es que la Administración debe remitir esa información en el plazo de 6 días desde que el interesado la solicita.

Si transcurrido ese plazo el interesado no hubiera recibido la información, debe prorrogarse el plazo para la presentación de ofertas, con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades, y que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular ofertas.

22.1. ¿En qué consiste el procedimiento negociado?

A diferencia del procedimiento abierto y del restringido (que desembocan en un contrato de adhesión), ésta es una fórmula para la adjudicación directa después de una fase de negociación sobre las cuestiones económicas y técnicas del contrato (artículo 153 y siguientes de la LCSP). Esas cuestiones objeto de negociación con los candidatos deben establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Salvo en los casos excepcionales en que se exige publicar un anuncio, en el procedimiento negociado la Administración invita directamente a los aspirantes (que, a su juicio, son idóneos y cumplen los requisitos de capacidad y solvencia), y en una primera fase les pide que presenten una oferta. Por regla general el número de invitaciones no puede ser inferior a tres.

A la vista de las ofertas que presenten los empresarios invitados, en una segunda fase la Administración negociará con uno o varios de los licitadores el precio, o los demás aspectos técnicos y económicos sobre los que quepa negociación, por haberlo previsto así el pliego de cláusulas administrativas.

En todo caso, en el expediente debe dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas, y de las razones aplicadas por el órgano de contratación para su aceptación o rechazo.

22.2. ¿Cuándo puede utilizarse el procedimiento negociado?

Aunque hay reglas particulares para determinados contratos administrativos, las circunstancias que con carácter general justifican el procedimiento negociado son las siguientes (artículo 154 de la LCSP): *i)* cuando quede desierta la adjudicación tramitada por el procedimiento abierto o restringido; *ii)* cuando no pueda determinarse previamente el precio global del contrato (por razón de sus características o de los riesgos que entrañe); *iii)* cuando por razones técnicas o artísticas, o motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado; *iv)* cuando

exista imperiosa urgencia por causas imprevisibles no imputables al órgano de contratación; *v)* cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado; o *vi)* cuando su ejecución vaya acompañada de medidas de seguridad especiales.

Además de esas reglas generales, la LCSP establece algunos supuestos específicos de utilización del procedimiento negociado para cada tipo de contrato.

En el contrato de obra pública puede seguirse el procedimiento negociado respecto a obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato inicial, pero que debido a circunstancias imprevistas pasen a ser necesarias para ejecutar la obra sin modificarla, tal y como estaba descrita la obra en el proyecto o en el contrato. En todo caso, podrá utilizarse el procedimiento negociado cuando el valor estimado del contrato sea inferior a 1 millón de euros, debiendo publicarse un anuncio de licitación sólo cuando el importe sea superior a 200.000 euros.

El procedimiento negociado con publicidad también se puede utilizar para la adjudicación de contratos de suministro o de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 100.000 euros, debiéndose publicar un anuncio de licitación cuando su importe sea superior a 60.000 euros.

22.3. ¿En qué casos debe anunciarse públicamente la tramitación del procedimiento negociado?

Por regla general, el procedimiento negociado puede tramitarse por la Administración sin necesidad de anunciarlo en un Diario Oficial.

Ello no obstante, en algunas circunstancias, la LCSP exige el anuncio. En líneas generales, y sin perjuicio de algunas reglas muy particulares, se exige el anuncio en los siguientes casos: *i)* cuando sean irregulares o inaceptables las proposiciones u ofertas presentadas en un procedimiento abierto, restringido o de diálogo competitivo; *ii)* cuando, por razón de las características peculiares o los riesgos que entrañe, no pueda determinarse previamente el precio global; *iii)* cuando se trate de la ejecución de obras que se realicen únicamente con fines de investigación o experimentación; *iv)* cuando se trate de contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido; o *v)* cuando el valor estimado del contrato supere los valores señalados para cada tipo de contrato.

22.4. ¿Debe establecer el pliego los criterios de adjudicación del contrato?

No es necesario que el pliego establezca o jerarquice los criterios de adjudicación de los contratos en los que se siga el procedimiento negociado (Informe JCCA 28/95, de 24 de octubre de 1995). En rigor, no se trata de una licitación, y la invitación a participar en la negociación puede limitarse a identificar el objeto del contrato, sin anticipar qué parámetros se aplicarán en la adjudicación.

22.5. ¿Es necesario constituir la mesa de contratación en los procedimientos negociados?

No es obligatorio, pero según las circunstancias de cada caso puede optarse por constituir la mesa de contratación.

22.6. ¿Se exige la constitución de garantía provisional para participar en el procedimiento negociado?

Aunque la LCSP no lo excluye, por regla general en la práctica no se exige la constitución de la garantía provisional. Es la Administración quien tiene la iniciativa, y *“motu proprio”* invita a los empresarios a presentar una oferta, presumiendo la seriedad de las proposiciones que se formulen. Quien participa en un procedimiento negociado no es en rigor un licitador. La invitación la realiza la Administración a quienes considera que tienen capacidad y solvencia para ejecutar el contrato, y la seriedad suficiente para que sea innecesario exigirles la constitución de la garantía provisional.

22.7. ¿Cuándo concurren razones técnicas o artísticas que justifiquen el procedimiento negociado?; ¿basta la simple existencia de una patente u otro tipo de derechos exclusivos?

El procedimiento negociado puede ser con o sin publicidad. En determinadas circunstancias, el negociado sin publicidad puede llegar a funcionar como una adjudicación directa, *“cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”* (art. 154.d) LCSP).

Sobre todo en la práctica de los contratos de servicios de carácter intelectual, no es insólito que se invoque esa causa para encubrir una adjudicación directa invocando razones artísticas, de carácter técnico, o la titularidad de derechos exclusivos, como los de propiedad intelectual. Un ejemplo típico es la preferencia en favor de un concreto arquitecto para elaborar un proyecto de obra, o dirigir una obra singular (Informe JCCA 11/04, de 7 de junio de 2004). En contratos de suministro a veces se invoca la titularidad de una patente o de un modelo de utilidad.

Ahora bien, el factor clave no es la existencia de alguna razón técnica o artística, o la titularidad de un derecho exclusivo; ésa es sólo la causa remota o indirecta de la singularidad del procedimiento de selección. La clave es que sólo exista un empresario a quien se pueda encargar la prestación. No basta con que la Administración prefiera a un determinado contratista por razones técnicas o artísticas, pues en ese caso se produciría una evidente distorsión del principio de igual concurrencia en la contratación sin discriminaciones injustificadas (Informes JCCA 52/06, de 11 de diciembre de 2006, y 35/06, de 30 de octubre de 2006). No son suficientes los simples criterios de *“conveniencia”* u *“oportunidad”* técnica o artística, sino que debe tratarse de circunstancias de *“necesidad”* determinantes de que el contrato sólo pueda encomendarse a una determinada persona o empresario (Informe JCCA 11/04, de 7 de junio de 2004). Además, esas circunstancias deben estar debidamente acreditadas en el expediente.

22.8. ¿En qué tipo de circunstancias no es posible solicitar el mínimo de 3 ofertas que para el procedimiento negociado impone la Ley?

La regla general es que en el procedimiento negociado es necesario solicitar ofertas, al menos, a 3 empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, *“siempre que ello sea posible”* (art. 162.1 LCSP).

La aplicación de la excepción que exonera a la Administración de la solicitud de ofertas a un mínimo de 3 empresas debe ser objeto de interpretación estricta. Por ejemplo, no es admisible la pretensión de que no es posible hacer esas solicitudes porque la Administración carece de los recursos humanos necesarios para valorar la idoneidad de las ofertas; tampoco que en la Comunidad Autónoma no hay empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato. Así lo considera la JCCA en su Informe 13/07, de 26 de marzo de 2007.

22.9. ¿Cuándo se pueden encargar prestaciones complementarias de un contrato utilizando el procedimiento negociado?

En la práctica ocurre con frecuencia que después de adjudicado un contrato, y durante su cumplimiento o ejecución, la Administración precisa la realización de prestaciones complementarias a la principal ya contratada. En esas circunstancias se tiende a adjudicar las prestaciones complementarias al mismo contratista que fue seleccionado para la principal. Esa opción es razonable cuando entre lo principal y lo complementario exista un vínculo directo, y lo principal y lo accesorio no puedan separarse. El problema es que en ocasiones las llamadas prestaciones complementarias se introducen para encubrir errores en el proyecto técnico de la obra contratada, y modificar el proyecto de forma sobrevenida.

La LCSP exige los siguientes requisitos para utilizar el procedimiento negociado para contratar las prestaciones complementarias: *i)* que la prestación complementaria pase a ser necesaria como consecuencia de alguna circunstancia imprevista; *ii)* que la prestación complementaria no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento; *iii)* que para la prestación complementaria se apliquen los mismos precios unitarios establecidos para la principal, o que los precios se fijen de forma contradictoria; y *iv)* que el importe acumulado de las prestaciones complementarias no supere el 50 por ciento del precio del primitivo contrato.

Cuando concurren esas circunstancias, la Administración tiene que aprobar los pliegos de contratación, y sigue siendo preceptiva la intervención de la mesa de contratación.

Cuando no concurren esas circunstancias (que deben ser apreciadas o valoradas con criterios estrictos por ser una fórmula excepcional de adjudicación del contrato), las prestaciones complementarias deben ser objeto de un contrato independiente del relativo a la prestación principal, siguiéndose para la selección del adjudicatario un procedimiento distinto al negociado (Informe JCCA 20/98, de 30 de junio de 1998).

22.9. ¿Puede utilizarse el procedimiento negociado para contratar obras complementarias cuando ya se ha realizado la prestación principal y se ha cumplido el contrato?

No; sólo cabe la contratación de prestaciones complementarias por el procedimiento negociado cuando todavía esté en fase de cumplimiento la prestación principal (Informe JCCA 20/98, de 30 de junio de 1998).

23.1. ¿Cuándo procede el diálogo competitivo?

El diálogo competitivo es una fórmula flexible de selección prevista con carácter general y potestativo en la Directiva 2004/18, pero regulada en la LCSP como preceptiva para la adjudicación del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El diálogo competitivo se utiliza cuando se trata de contratos que tienen un objeto complejo; la Administración conoce sus necesidades, y requiere la colaboración de los empresarios para determinar y definir los medios que resultan más adecuados para satisfacerlas (artículo 163 y siguientes de la LCSP).

Se considera que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de su proyecto. En su Considerando 31, la Directiva 2004/18 pone como ejemplos la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, las redes informáticas de gran tamaño, o los proyectos que requieran una financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación.

Para impulsar el diálogo competitivo no es necesario hacer un previo intento de adjudicación del contrato por el procedimiento abierto o restringido. Sin necesidad de que quede desierto un previo proceso de selección, en ejercicio de su discrecionalidad, pero de forma justificada, la Administración puede considerar que los procedimientos abierto o restringido son menos adecuados que la vía del diálogo competitivo.

23.2. ¿En qué consiste el diálogo competitivo?

Conforme a lo establecido en los artículos 165 y siguientes de la LCSP, el órgano de contratación convoca un procedimiento de diálogo competitivo, y da a conocer cuáles son sus necesidades y requisitos. En la convocatoria, mediante el correspondiente anuncio, identificará los criterios objetivos que utilizará para adjudicar el contrato. Si fuera a ejercer esa facultad,

debe anunciar también que el diálogo se escalonará en fases sucesivas, en las que se irá reduciendo progresivamente el número de soluciones a examinar. Además, debe establecer el perfil que deben cumplir quienes deseen participar en el diálogo, utilizando pues en esta fase la misma fórmula que se aplica en el procedimiento restringido.

A la vista de las solicitudes de los interesados que hayan manifestado su interés por concurrir, la Administración invitará a las empresas que participarán en la fase de diálogo, que por lo menos deben ser tres. En la medida en que los participantes en el diálogo colaboran con la Administración para desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer al interés público, y teniendo en cuenta la larga duración en el tiempo del proceso de selección, y el gasto que comporta para los participantes, en el pliego se pueden establecer primas o compensaciones para estimular la concurrencia de operadores económicos en el desarrollo del diálogo competitivo.

En la fase de diálogo se pueden debatir todos los aspectos del contrato, para determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades públicas. En esa fase se debe otorgar igual trato a todos los licitadores, por lo que el órgano de contratación no puede discriminarles a la hora de facilitar información. Además no puede revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante, u otros datos confidenciales.

Después de comparar las soluciones propuestas, el órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar la solución o las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite.

Aunque formalmente ya esté cerrado el diálogo, a la vista de las ofertas definitivas el órgano de contratación todavía puede solicitar precisiones o aclaraciones sobre tales ofertas, así como requerir información complementaria o ajustes (siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio).

La adjudicación debe realizarse aplicando los criterios objetivos señalados en la convocatoria, que necesariamente serán varios, no siendo posible adjudicar el contrato basándose únicamente en el precio ofertado.

De forma sintética y en general, las fases del diálogo competitivo se reflejan en el siguiente cuadro:

Convocatoria
Solicitud de participación por los operadores económicos interesados
Invitación a participar
Desarrollo del diálogo
Fijación de solución o soluciones que resultan del diálogo

Invitación a formular ofertas finales

Presentación de ofertas finales por los participantes
(en su caso solicitud de aclaraciones o precisiones)

Adjudicación del contrato

23.3. ¿A qué especialidades está sujeta la mesa de contratación en caso de diálogo competitivo?

Para los contratos que celebre la Administración General del Estado, la LCSP establece una especialidad para la mesa que intervenga en el diálogo competitivo. A la composición de la mesa que con carácter general se constituye para cualquier procedimiento de selección, se incorporan además personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo. Esos especialistas, que tienen voz y voto, son designados por el órgano de contratación, en número que debe ser igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa. Esa exigencia se justifica por la importancia de los elementos técnicos en este tipo de procedimientos.

Cuando se trate de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, esa mesa especial es la encargada de elaborar el documento de evaluación previa.

24.1. ¿En qué consiste el jurado de proyectos o concurso de proyectos con jurado?

Es una fórmula especial de selección del contratista para la prestación de servicios de carácter intelectual a través de un Jurado neutral y técnicamente cualificado, que se regula en los artículos 168 y siguientes de la LCSP.

24.2. ¿Cuándo procede?

La contratación mediante la intervención de un Jurado se aplica en los procedimientos de selección de contratos de servicios que tienen por objeto la elaboración de planos o proyectos (principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos).

24.3. ¿Qué composición tiene el Jurado?

El Jurado debe estar formado por personas físicas independientes de quienes participen en el concurso de proyectos.

Cuando se exija una cualificación profesional específica para participar en el proceso de selección, al menos un tercio de los miembros del Jurado debe poseer esa cualificación u otra equivalente.

24.4. ¿Cómo actúa el Jurado?

Los proyectos deben presentarse por los aspirantes de forma anónima, para preservar así la neutralidad del Jurado, que los examina a la luz de los criterios indicados en el anuncio de convocatoria del concurso.

De ser necesario, el Jurado puede invitar a los participantes a que respondan a preguntas para aclarar algún aspecto del proyecto, debiendo levantarse acta completa del diálogo entre los miembros del Jurado y los participantes.

El Jurado emite un informe ponderando los méritos de cada proyecto, junto con sus observaciones.

A la vista de ese informe del Jurado, el órgano de contratación procede a la adjudicación, que deberá ser motivada si no se ajusta a la propuesta o propuestas del Jurado.

25.1. ¿En qué consiste el acuerdo marco?

Es una fórmula para racionalizar la contratación en masa, que se fundamenta en la categoría de los contratos normativos, y se regula en los artículos 180 y siguientes de la LCSP. Se trata de pactar un marco estable de condiciones contractuales que puede tener una duración de hasta 4 años, de forma tal que los contratos que se celebren durante ese período de tiempo con las empresas incorporadas al acuerdo se ajusten al esquema preestablecido, en particular en lo relativo a los precios, y en su caso a las cantidades previstas.

Al celebrar los contratos sujetos a ese marco no se pueden introducir, en ningún caso, modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco o contrato normativo.

25.2. ¿Cuántos empresarios forman parte del acuerdo marco?

La LCSP establece expresamente que no cabe un uso abusivo de la figura del acuerdo marco, para no obstaculizar, restringir o falsear la competencia.

El acuerdo marco debe concertarse con un mínimo de 3 empresas (siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten al perfil de solvencia requerido por el órgano de contratación, o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación).

Sólo pueden ser adjudicatarios de los contratos celebrados durante la vigencia del acuerdo marco los empresarios que originariamente se hubieran incorporado al acuerdo.

25.3. ¿Cómo se selecciona a los empresarios que se incorporan al acuerdo marco?

En este punto la LCSP deja abierta la fórmula de selección, por lo que el órgano de contratación puede utilizar cualquiera de los procedimientos normales de selección tipificados en la

Ley: *i)* abierto; *ii)* restringido; ó *iii)* negociado, de concurrir las circunstancias excepcionales previstas en la LCSP.

25.4. ¿Cómo se adjudican los contratos vinculados al acuerdo marco?

Cuando el acuerdo marco se hubiera celebrado con un único empresario, los contratos se adjudicarán en los términos previstos en dicho acuerdo. Ello no obstante, el órgano de contratación puede consultar por escrito al empresario, para que complete su oferta si fuere necesario.

Si el acuerdo marco se hubiera celebrado con varios empresarios, y todos los términos del contrato están definidos en el acuerdo, no es necesario abrir una licitación, sino que bastará con aplicar los términos fijados en el marco regulador.

Cuando no todos los términos del contrato estén establecidos en el acuerdo marco, hay que convocar una licitación entre los empresarios integrados en el marco o contrato normativo. En esa licitación se precisarán las previsiones generales del marco regulador, y se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato. Se les concede un plazo suficiente para presentar una oferta que se formalizará por escrito y en sobre cerrado.

El contrato se adjudica al empresario que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios previstos con carácter general en el acuerdo marco.

26.1. ¿Cuándo procede la aplicación del sistema dinámico?

Aunque la Directiva 2004/18 regula el sistema dinámico para “adquisiciones” o “compras” corrientes, con arreglo a la LCSP esa fórmula de selección se utiliza para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente, y que tengan características generalmente disponibles en el mercado. Es necesario que la utilización de este sistema no se efectúe de forma que la competencia se vea dificultada, restringida o falseada.

En su Dictamen de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006), el Consejo de Estado puso en cuestión la aplicación de este sistema para el contrato de obras, toda vez que la noción de “obras de uso corriente” es de difícil encaje en la práctica.

26.2. ¿En qué consiste el sistema dinámico?

Regulado en los artículos 183 y siguientes de la LCSP, en el fondo el sistema dinámico es una variante del procedimiento abierto.

El rasgo más característico del sistema dinámico es que la comunicación entre el órgano de contratación y los licitadores únicamente se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Hay que significar que la participación en el sistema dinámico es gratuita, por lo que no se puede cargar ningún gasto a las empresas participantes.

El órgano de contratación debe publicar un anuncio de la puesta en marcha del sistema, indicando en los pliegos la naturaleza de los contratos que podrán celebrarse y la información necesaria para incorporarse al sistema, en particular la relativa al equipo electrónico utilizado y a los arreglos o especificaciones técnicas de la conexión.

La duración del sistema dinámico no puede exceder de 4 años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados.

26.3. ¿Cómo se incorpora un empresario al sistema dinámico?

A diferencia de lo que ocurre en el acuerdo marco, no es necesaria la incorporación originaria al sistema dinámico. En cualquier momento de la vigencia del sistema, todo empresario interesado puede presentar una oferta indicativa para incorporarse al sistema.

La presentación de una oferta no agota las oportunidades del empresario respecto a su régimen de incorporación, pues podrá mejorarla. El plazo de admisión al sistema es breve (15 días).

26.4. ¿Cómo se adjudican los contratos en el marco de un sistema dinámico?

Cada contrato debe ser objeto de licitación autónoma.

Todos los empresarios que se hayan incorporado al sistema deben ser invitados para presentar una oferta. En su Dictamen de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006), el Consejo de Estado sugirió que por razones de seguridad jurídica la Ley estableciera el plazo mínimo para la presentación de ofertas, pero al final la LCSP ha dejado abierta esa cuestión, al establecer que se concederá a los licitadores *“un plazo suficiente, que se fijará teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para prepararla, atendiendo a la complejidad del contrato”*.

El plazo de valoración de las ofertas es breve (15 días). El contrato se adjudicará a la mejor oferta, valorada de acuerdo con los criterios fijados al anunciar la licitación, que deberán precisarse al cursar la invitación a formular una oferta.

27.1. ¿En qué consiste el sistema centralizado de contratación?

Es la especialización de un órgano de contratación en el que se centraliza la adjudicación y gestión de contratos que tienen características esencialmente homogéneas, y que se celebran de forma masiva o generalizada. Según la Directiva 2004/18, es una fórmula que se orienta *“a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos”*.

27.2. ¿Cuándo procede la aplicación del sistema centralizado?

Únicamente se utiliza para los contratos de obras, servicios y suministros (no se aplica a la gestión de servicios públicos o a la concesión de obras públicas), siempre y cuando esos contratos tengan características esencialmente homogéneas, y se celebren de forma masiva o generalizada (artículos 187 y siguientes de la LCSP). Así sucede, por ejemplo, con la adquisición mobiliario, o de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.

27.3. ¿Quiénes centralizan la contratación?; ¿en quién se centraliza la contratación?

En el caso de la Administración General del Estado el órgano en el que se centraliza esa contratación es la Dirección General del Patrimonio del Estado, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda. La contratación mediante este sistema requerirá una previa Orden Ministerial que los declare como bienes, servicios u obras de contratación centralizada.

Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales pueden crear sus centrales de contratación. Alternativamente, también pueden adscribirse al sistema de contratación centralizada organizado por otra Administración Pública distinta.

Los Organismos Autónomos, EPEs, así como las sociedades y fundaciones de carácter público, también pueden adherirse a un sistema de contratación centralizada.

27.4. ¿Cómo se desarrolla la contratación centralizada?

La contratación centralizada se desarrolla a través de dos fórmulas: *i)* contratos individualizados; ó *ii)* el procedimiento especial de adopción de tipo.

En la celebración de contratos individualizados, se siguen los procedimientos normales de elaboración del expediente y de adjudicación del contrato mediante procedimiento abierto, restringido o negociado.

En el procedimiento especial de adopción de tipo se distinguen dos fases. En la primera, se adopta un acuerdo marco o un sistema dinámico, previa determinación de los tipos contratables para cada clase de bienes, obras o servicios. En la segunda fase se celebrarán los contratos específicos de acuerdo con el régimen propio del acuerdo marco o del sistema dinámico, según las necesidades de los diferentes órganos, entidades y organismos.

28.1. ¿Qué formas de adjudicación establece la LCSP?

Aunque ha variado la terminología empleada por la Ley, en el marco de la LCSP, en el fondo siguen siendo aplicables las tres fórmulas de adjudicación previstas en el TRLCAP: *i)* subasta; *ii)* concurso; y *iii)* adjudicación directa (para contratos menores).

En efecto, aparentemente, la LCSP ha suprimido la clásica distinción entre la subasta y el concurso. Al adaptarse a la Directiva 2004/18, la LCSP emplea una terminología distinta a la tradicional, y en líneas generales, ha suprimido la referencia a la subasta (salvo en algún precepto aislado, como el artículo 132 de la LCSP, que regula la subasta electrónica). Ahora la LCSP establece una única fórmula y el contrato se debe adjudicar siempre a la “*oferta económicamente más ventajosa*” (artículo 134 LCSP).

Ahora bien, bajo ese giro lingüístico subyace la distinción entre la adjudicación del contrato que se realiza utilizando un criterio único de carácter cuantitativo (el mejor precio típico de la subasta en la terminología tradicional), y las fórmulas de adjudicación que utilizan varios criterios (además del precio, como era típico en la terminología tradicional del concurso, en el que se combinan los criterios cuantitativos con los cualitativos)⁶².

62 Así lo explica en su epígrafe IV.4) el Preámbulo de la Ley 30/2007: “Además, y desde un punto de vista formal, se ha aprovechado para incorporar a nuestra legislación la terminología comunitaria de la contratación, con el fin de facilitar, ya desde el plano semántico, la interoperabilidad con los sistemas europeos de contratación. Esto ha supuesto el abandono de ciertas denominaciones tradicionales en nuestro derecho, que no de los correspondientes conceptos, que subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo. En particular, los términos «concurso» y «subasta» -que en la legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a «formas de adjudicación» del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los «procedimientos de adjudicación», se subsumen en la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remite en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua «subasta») o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo «concurso»)-. El concepto legal de «oferta económicamente más ventajosa» es, sin embargo, más amplio que el ma-

Aunque la literalidad de la LCSP ya no alude a la subasta, establece que *“cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”* (artículo 134.1 LCSP).

La LCSP tampoco conserva la expresión *“concurso”*, pero establece que el contrato se puede adjudicar utilizando simultáneamente varios criterios de valoración de las ofertas, que en todo caso deben guardar directa relación con el objeto del contrato. Entre otros muchos criterios de valoración, el artículo 134.1 LCSP menciona los siguientes: *i) la calidad de las prestaciones; ii) el precio; iii) el plazo de ejecución; ó iv) características medioambientales o sociales.*

Como destaca la Directiva 2004/18 en su considerando 46: *“Cuando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta”.*

28.2. ¿Cuándo estamos ante un contrato menor que puede ser directamente adjudicado?

La LCSP ha incrementado las cuantías que permiten la adjudicación directa de todos los tipos de contratos. Así, son contratos menores los de obras con un importe inferior a 50.000 euros, o los que tienen cualquier otro objeto y un importe inferior a 18.000 euros (artículo 122.3 LCSP).

Los contratos menores se pueden adjudicar directamente a cualquier empresario que tenga capacidad de obrar, y cuente con habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

En ese tipo de contratos el expediente se reduce a la aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura, salvo que se trate de un contrato de obras, en cuyo caso debe añadirse además el presupuesto de ejecución (artículo 95 LCSP).

28.3. ¿En qué consiste la subasta electrónica?; ¿cuándo puede realizarse una subasta electrónica?

En el caso de la subasta electrónica, después de una primera evaluación completa de las ofertas, se pasa a una fase abierta en el que de forma reiterada se pueden presentar nue-

nejado en la Directiva 2004/18, englobando tanto la noción estricta presente en la norma comunitaria -que presupone la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración-, como el criterio del «precio más bajo», que dicha disposición distingue formalmente de la anterior; la Ley ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la «económicamente más ventajosa»), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación”.

vas ofertas que incluyan mejoras en los precios, o nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto. Para ello se utiliza un dispositivo electrónico que permita la clasificación de las ofertas a través de métodos de evaluación automáticos (artículo 132 de la LCSP).

Como destaca la Directiva 2004/18 en su Considerando 14: *“El recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económica más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos al precio”*.

No se limita la Directiva a identificar esas ventajas, sino que también alude a los límites en el uso de esa fórmula: *“Para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras”*.

Conforme a lo establecido en el artículo 132.2 de la LCSP, la subasta electrónica puede emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en los negociados, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa, y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual.

28.4. ¿Cómo debe justificarse la adjudicación del contrato?; ¿es necesario motivar la decisión de dejarlo desierto?

La debida motivación de la aplicación de los criterios previstos en el pliego para valorar las ofertas o proposiciones es factor clave para que la selección del contratista sea conforme a Derecho. En ese sentido, se considera que la falta de motivación no es una simple infracción formal, sino que tiene carácter sustantivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999)⁶³. Dicho ello, hay que precisar que la simple atribución de los puntos que corresponden a cada licitador no es en rigor auténtica motivación, pues en esas circunstancias los licitadores que no hayan sido seleccionados tendrán difícil aportar argumentos para justificar la eventual arbitrariedad o desproporción de la asignación de puntos⁶⁴. A este respecto merece una valo-

63 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 (ponente Enrique Cáncer Lalanne): *“(…) concurre en la resolución municipal de adjudicación una falta de motivación, no sólo como infracción formal del contenido del acto, sino como expresión de un vicio de infracción sustantiva del régimen jurídico de selección del contratista, debiendo ser tenida como arbitraria la referida selección cuando no se expresan las condiciones de su oferta que permitan calificarla como más ventajosa que las restantes, conclusión que debemos ratificar por sus propios fundamentos”*.

64 Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2001 (ponente Francisco Trujillo Mamely): *“a) que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos; b) que tal exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de*

ración positiva lo establecido en la legislación catalana de obras públicas que se describe en el apartado 39 de esta Guía Práctica, pues el artículo 38 de la Ley catalana 3/2007 establece que *“la propuesta de adjudicación del contrato por parte de la mesa y la adjudicación deben resolverse de forma motivada, detallada, comparada, razonada y congruente”*, y el artículo 39.2 precisa que *“las resoluciones de adjudicación de los contratos sujetos a la presente Ley siempre deben incorporar la indicación de las puntuaciones, totales y parciales, obtenidas por todas las empresas admitidas al procedimiento, en cada uno de los criterios de adjudicación”*.

Como consecuencia de ese proceso de apreciación de las particulares circunstancias de las ofertas presentadas, la Administración puede llegar a la legítima convicción de que lo indicado para satisfacer el interés general es declarar desierto el concurso. Pero esa decisión administrativa no puede ser caprichosa, pues no cabe defraudar arbitrariamente las legítimas expectativas generadas por la convocatoria de un concurso (hay que tener en cuenta que el simple hecho de presentar una oferta y participar en el concurso implica unos costes para quienes aspiran a la adjudicación). Por ello, es contraria a Derecho la decisión administrativa de declarar desierto el concurso cuando hay aspirantes que cumplen los requisitos y condiciones exigidos por el pliego. Para que sea conforme a Derecho la decisión de dejar desierto el concurso, la Administración debe exteriorizar el fundamento de esa decisión⁶⁵, y la justificación debe ser coherente con los criterios de valoración de las ofertas contenidos en el pliego⁶⁶.

A ese respecto tiene interés poner de manifiesto que es conforme a Derecho la decisión administrativa de declarar desierto el procedimiento de selección cuando las proposiciones u ofertas no se ajustan a lo exigido en el pliego⁶⁷, o cuando en el curso del procedimiento de selección se advierte la concurrencia de un vicio de nulidad radical⁶⁸.

puntuaciones; y c) que con esa exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido éste y cuáles han sido los datos determinantes de la decisión”.

- 65 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2003 (ponente Fernando Martín González): *“(…) lo que aquí se ha producido es un pronunciamiento absolutamente inmotivado, y aunque sea cierto que concurre en la Administración una cierta capacidad de discrecionalidad en el ámbito de que se trata, y que nadie niega, incluso para declarar desierto el concurso ..., también lo es que ello ha de responder a una fundamentación -aquí inexistente- que puede y debe ser explicitada justamente para hacer posible un control jurisdiccional sobre los criterios tomados en consideración, ya que, sin aquella motivación, la resolución es puramente arbitraria, todo lo cual implica la estimación de que ha lugar al recurso de casación”.*
- 66 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2003 (ponente Fernando Martín González): *“En el caso contemplado la motivación consistente en la escasa participación y en la necesidad de tramitar otro procedimiento que garantice una mayor concurrencia, para la declaración de desierto del concurso, que a la Administración recurrente en casación le parece suficiente, no lo es, puesto que el mencionado precepto de la Ley 13/95 claramente establece la necesidad de motivación «en todo caso» de su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el mismo, mientras que entre esos criterios de adjudicación ... no figuran en modo alguno tales exigencias de participación y publicidad o de mayor concurrencia, de modo que la Administración pudo adjudicar el concurso o declararlo desierto, pero siempre bajo la exigencia de una motivación adecuada, puesto que la propia declaración de desierto es una decisión que requiere motivación en los términos expuestos, y en los términos del artículo 54.2 de la Ley 30/92, suficientemente expresivos”.*
- 67 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 (ponente Manuel Goded Miranda): *“A la vista de lo que se ha razonado sobre la finalidad del concurso, es evidente que el acuerdo de la Junta del Puerto de dejar desierto el concurso era procedente, ya que se ajustaba a las cláusulas del Pliego de Bases, que constituye la «lex contractus», siendo sus prescripciones obligatorias tanto para la Administración como para los concursantes, teniendo por fundamento legítimo que la actividad que D. (...) ofrecía instalar en la nave no cumplía las condiciones exigidas por el Pliego de Bases del concurso”.*
- 68 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2004 (ponente Nicolás Antonio Maurandi Guillén):

28.5. ¿Cuándo procede la subasta o criterio único de carácter cuantitativo?; ¿cuándo se aplica el concurso o variedad de criterios de adjudicación?

En líneas generales, la LCSP no vincula de forma rígida cada tipo de contrato a una específica fórmula de adjudicación. En ese sentido, por ejemplo, no hay obstáculos que impidan adjudicar un contrato de obra utilizando varios criterios de valoración de las ofertas, sin limitarse al precio más bajo.

Ahora bien, para determinados contratos administrativos típicos, la LCSP se decanta a favor del uso simultáneo de varios criterios de valoración, ponderando de forma combinada los factores cuantitativos y los cualitativos, como es característico en los concursos. Así ocurre respecto al contrato de gestión de servicios públicos. Lo mismo sucede en los contratos de suministro, y de servicios, salvo que el producto o la prestación estén perfectamente definidos, y no sea posible introducir en el contrato modificaciones de ninguna clase.

28.6. ¿Se puede valorar como mérito el previo cumplimiento satisfactorio de otros contratos?; ¿se trata de un criterio de experiencia que sólo puede ser ponderado a efectos de admitir al licitador pero no puede ser aplicado para la adjudicación del contrato?

Merece una valoración positiva que uno de los licitadores haya sido adjudicatario de otros contratos y los haya cumplido siempre a plena satisfacción de la Administración, alcanzando las más altas cotas de celeridad y excelencia en la calidad de sus prestaciones. Ahora bien, esa circunstancia puede ser tomada en consideración en la fase de admisión de los licitadores, pero no puede ponderarse en el momento de adjudicar el contrato (Informe JCCA 53/97, de 2 de marzo de 1998)⁶⁹.

“La nulidad de los actos preparatorios llevaría consigo la del contrato subsiguiente, por lo que evitar esa eventualidad, cuando se adviertan visos razonables de invalidez en aquellos actos preparatorios, es una exigencia que estaría justificada en razones de eficacia (evitar las perturbaciones de esa posible nulidad) que, como es sabido, encarnan uno de los principios a cuya observancia vienen obligadas todas las Administraciones públicas (artículo 103.1 CE). A lo anterior debe sumarse que el participante en el concurso no tiene todavía adquirido ningún derecho contractual y, en todo caso, tiene a su alcance la posibilidad de reclamar, por la vía de la responsabilidad patrimonial, la indemnización de los daños que pudiera haber sufrido como consecuencia de las irregularidades producidas en el expediente de contratación. Todo ello pone de manifiesto que la actuación aquí controvertida no puede calificarse ni de inmotivada ni de arbitraria”.

69 Informe JCCA 53/97, de 2 de marzo de 1998: *“A esta última modalidad, aparte de presentar el inconveniente de dejar en manos de personas e instituciones contratantes anteriores la apreciación del cumplimiento del criterio de calidad exigido, se le puede poner la objeción fundamental de que, tal como está concebida equivale al requisito de solvencia previsto en el artículo 17, apartado b) (relación de obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, acompañadas de certificados de buena ejecución para las más importantes), en el artículo 18 apartado a) (relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos y privados de los mismos). Con ello, por el artificio de mencionar tal criterio como el de calidad, se estaría utilizando el criterio de la experiencia configurado en las Directivas comunitarias y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como requisito de admisión o de solvencia y, por tanto, no utilizable como criterio de adjudicación del concurso”.*

28.7. ¿Se puede valorar el número de puestos de trabajo que creará el adjudicador?; ¿y la ausencia de siniestralidad laboral entre sus trabajadores?

Tal y como ha destacado la JCCA, el fundamento de la adjudicación del contrato no puede ser ni el número o el tipo de puestos de trabajo que creará el adjudicador⁷⁰, ni la correcta previsión y evitación de siniestros laborales⁷¹.

28.8. ¿Respetar el Derecho comunitario la adjudicación de un contrato por consideraciones ambientales o sociales?

Sí; el Derecho comunitario no impide que el contrato se pueda adjudicar por ese tipo de consideraciones, y el artículo 134.1 de la LCSP menciona esas causas como posibles criterios de adjudicación. La clave de la validez del uso de esos criterios está en que estén vinculados con el objeto del contrato, sean conocidos por los licitadores al estar previstos en el pliego, y no confieran al adjudicador una libertad absoluta de elección. Es decir, se exige que el pliego pondere el alcance de tales criterios, y que se respete el principio de no discriminación.

No se puede ocultar la preocupación de los operadores económicos por la recta aplicación de estos criterios de adjudicación, pues más allá de la legítima discrecionalidad administrativa, un uso desviado podría llegar a desembocar en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

Hay que destacar la diferente funcionalidad que pueden tener las consideraciones sociales o ambientales. Al margen de que el pliego pueda establecerlas como criterios de adjudicación (artículo 134.1 de la LCSP), por lo que habrá licitadores que las ofrezcan y otros no, otras veces las consideraciones sociales o ambientales pueden configurarse por el pliego como condiciones especiales de prestación (artículo 102 de la LCSP), y en ese caso todos los licitadores están obligados a tomarlas en consideración a la hora de formular su oferta o proposición. Es más, si se configuran como condiciones especiales de ejecución del contrato, el pliego puede establecer penalidades *“ad hoc”* para el caso de que se incumplan. En un tercer escenario las condiciones sociales y ambientales pueden funcionar también como requisitos de solvencia técnica. Pues bien, de esas tres funciones aquí interesa destacar su papel como criterio de adjudicación del contrato cuando exista empate en los demás factores sujetos a valoración.

70 Informe JCCA 44/98, de 16 de diciembre de 1998: *“En cuanto a los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato es evidente que constituyen características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso, sobre todo, dado que pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones puedan no adecuarse con las categorías laborales de la legislación española o que se verán imposibilitados o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos”*.

71 Informe JCCA 11/99, de 30 de junio de 1999: *“El índice, cláusula o aspectos relativos a la siniestralidad laboral en las empresas no pueden ser tomados en consideración, ni como requisitos de solvencia técnica, ni como criterios de adjudicación del concurso en los contratos de obras, por oponerse a ello la Directiva 93/37/CEE y la interpretación jurisprudencial de la misma realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

28.9 ¿En qué circunstancias concretas se puede adjudicar un contrato por consideraciones de carácter ambiental?; ¿con qué límites?

En relación a las consideraciones ambientales como criterio de adjudicación, la Comunicación de la Comisión Europea de 4 de julio de 2001 hace expresa referencia a criterios como el uso de productos reciclables, o el empleo de sistemas de depuración de vertidos.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también admite la adjudicación del contrato con fundamento en criterios ambientales; por ejemplo, en la adjudicación de un contrato de gestión del servicio de transporte urbano de viajeros, se pueden tomar en consideración las emisiones contaminantes de los autobuses⁷². También se admite que para adjudicar un contrato de suministro de electricidad se valore positivamente que su generación derive de fuentes renovables de energía⁷³.

Ahora bien, a ese respecto hay que diferenciar: *i)* las prescripciones técnicas vinculadas a las condiciones de ejecución del contrato; *ii)* la consideración de los aspectos ambientales en relación a la selección de los contratistas (requisitos de solvencia técnica); y *iii)* su ponderación respecto a la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Por ejemplo, estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000 debe configurarse como un requisito de solvencia técnica, y no puede considerarse un criterio objetivo de adjudicación del contrato (Informe JCCA 73/04, de 11 de marzo de 2005). Esa cuestión se regula ahora en el artículo 70 LCSP conforme al cual, en los contratos sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación puede exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental.

En relación a la adjudicación del contrato, las consideraciones ambientales tienen singular relevancia cuando se trate de la ejecución de obras que puedan tener un impacto significativo en el medio ambiente. En ese caso, en la adjudicación se valorarán las condiciones ambientales que sean mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro o uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental, el ahorro y el uso

72 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99, Concordia Bus Finland): "(...) cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados".

73 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 2004 (asunto EVN AG): "La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue".

eficiente del agua y la energía, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos, o el uso de materiales reciclados o reutilizados, o de materiales ecológicos (artículo 134.3.h) LCSP).

28.10. ¿Qué factores sociales se pueden utilizar para adjudicar un contrato?; ¿con qué límites?

En relación a los criterios sociales, también hay pronunciamientos jurisprudenciales que declaran la conformidad a Derecho de la adjudicación de un contrato realizada tomando en consideración determinados compromisos de lucha contra el desempleo⁷⁴. Por ejemplo, la contratación de un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.

Ahora bien, como precisa la Comisión europea en su Comunicación Interpretativa de 15 de octubre de 2001 (relativa a los criterios sociales): *“la característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que (...) todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio (...) si por «criterios sociales» entendemos aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, podemos considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las directivas. Por el contrario, los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores o las preferencias de precios, por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas de contratación pública. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo”*.

Por tanto, y de acuerdo con este criterio, parece que no se puede exigir como requisito de solvencia técnica cuestiones relativas a la prevención de riesgos laborales o a la siniestralidad laboral, que tampoco pueden ser utilizadas como criterios de adjudicación de los contratos (Informes JCCA 42/06, de 30 de octubre de 2006, y 44/04, de 12 de noviembre de 2004, 1/99, y de 30 de junio de 1999).

Especial relevancia tiene la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad, o que estén en riesgo de exclusión social, así como con entidades sin ánimo de lucro (materia regulada en la disposición adicional sexta de la LCSP). En caso

74 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 2000: *“(…) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (...) se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de la condición”*.

de empate entre ofertas igualmente ventajosas en términos económicos, tienen preferencia para la adjudicación las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento. Lo mismo ocurre cuando alguno de los licitadores ha asumido formalmente el compromiso de contratar no menos del 30 por ciento de los puestos de trabajo con personas pertenecientes a colectivos que estén en riesgo de exclusión social. La LCSP identifica esos colectivos; por ejemplo, entre otros: *i)* perceptores de rentas mínimas de inserción; *ii)* personas con problemas de drogadicción o alcoholismo, que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; o *iii)* ex reclusos o personas en libertad condicional.

Otra novedad introducida por la LCSP es la preferencia en la adjudicación de contratos para promocionar los productos llamados de “*Comercio Justo*” a las entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que las proposiciones que los ofrezcan igualen a las más ventajosas desde el punto de vista de los demás criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación del contrato, y así se prevea en los pliegos de condiciones administrativas particulares.

29.1. ¿Qué garantías establece la LCSP respecto al procedimiento de selección y adjudicación del contrato?

Si un licitador discrepa de las decisiones adoptadas en el curso del procedimiento de selección y adjudicación, puede activar las garantías formales que consisten en la interposición de recursos y, en ciertos casos, el arbitraje. En algunas circunstancias podrá invocar, además, las garantías materiales y solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En esta materia es clave la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras).

Las exigencias de esa Directiva son aclaradas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel), que se dicta como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal austriaco. Según declara esa Sentencia de 28 de octubre de 1999, los preceptos de la Directiva: *“deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”*.

29.2. ¿En qué casos o circunstancias se admite el arbitraje en la contratación del sector público?

Se admite el arbitraje cuando quien contrata no sea una Administración Pública en sentido estricto. Es decir, cabe la solución arbitral de las controversias cuando el contratista sea una

EPE, una fundación o una sociedad mercantil participada por una Administración Pública (siempre y cuando su actividad principal consista en la producción de bienes o la prestación de servicios en régimen de mercado). En esos casos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la LCSP, para la resolución de la controversia, y cuando así se haya previsto de forma expresa en los correspondientes documentos contractuales, se aplica la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (de arbitraje).

En cambio, no se admite la solución arbitral de controversias cuando se contrata con una Administración territorial (ya sea la estatal, o una autonómica o local). Tampoco cuando se contrata con una Universidad, ni cuando se contrata con un Organismo Autónomo.

29.3. ¿Qué recurso se interpone en sede administrativa?; ¿hay una única vía de impugnación?

El tipo de recurso que se puede interponer ante la Administración depende del contrato cuya adjudicación se estuviera tramitando. A este respecto nuestro ordenamiento jurídico distingue 2 tipos de recursos administrativos:

- i) el recurso administrativo especial previsto en el artículo 37 de la LCSP para algunos contratos (en particular, los sujetos a regulación armonizada y algunos contratos de servicios o de gestión de servicios públicos); en éste caso es preceptiva la interposición del recurso especial propio de los contratos sujetos a regulación armonizada, cuya desestimación podrá impugnarse ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 21.1 de la LCSP). Hay que destacar que algunos contratos sujetos a regulación armonizada se celebran entre particulares, como puede suceder en el caso de los contratos subvencionados, pero pese a ello la competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- ii) el recurso de alzada o el potestativo de reposición, previstos en la Ley 30/1992, que se aplican en los demás contratos. En la materia de contratación que aquí nos ocupa, hay que estar a lo establecido en el artículo 195.4 de la LCSP, a cuyo tenor: *“Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”*. En consecuencia, esas decisiones no pueden ser impugnadas en alzada, pero con carácter potestativo puede interponerse un recurso de reposición antes de acudir ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo que el acto se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada (más adelante, en este mismo apartado de la Guía Práctica se examinará el reparto competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales).

No se exige la previa interposición de un recurso administrativo cuando se trate de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, y se celebren por un sujeto del sector público que no sea, Administración Pública en sentido estricto (artículo 21.2 de la LCSP). En ese caso, la competencia corresponde a la Jurisdicción Civil, tanto en lo que afecta a los actos de preparación y adjudicación del contrato, como en lo que atañe a su cumplimiento y extinción. No hay recurso administrativo, y tampoco procede la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles que se regula en los artículos 120 y 121 de la Ley 30/1992 (pues esa reclamación previa sólo se aplica a quienes son Administración Pública).

29.4. ¿Por qué establece la LCSP esa dualidad de procedimientos de recurso en vía administrativa?

Porque así lo ha decidido el legislador español, que ha optado por establecer dos tipos de recurso, en vez de unificar el cauce de impugnación y extender a todos los contratos el régimen especial de garantías que imponen las Directivas comunitarias para los contratos sujetos a regulación armonizada.

La Directiva 18/2004 no exige establecer diferentes procedimientos de recurso, sino que se limita a establecer las especialidades que deben respetarse en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada. Por tanto, no hay obstáculos jurídicos que impidiesen al legislador español haber extendido ese mismo régimen especial de impugnación a todos los demás contratos, y simplificar así la normativa aplicable. De hecho, eso fue lo que sugirió el Consejo de Estado en su Dictamen de 25 de mayo de 2006, relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Además, al analizar el anteproyecto de Ley, el Consejo de Estado propuso que el recurso administrativo especial fuera potestativo para que, si así lo estimaba oportuno o pertinente, el interesado pudiera optar por interponer el recurso directamente a los Tribunales (Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006), pero esa propuesta ha sido desechada por la LCSP.

En cambio, esa es la orientación seguida por la Ley Foral 6/2006, norma que se describe en el apartado 39 de esta Guía Práctica, ya que la interposición del recurso especial tiene carácter potestativo, además de sustitutivo, en el sentido de que su interposición impide el uso de otras vías impugnatorias en vía administrativa. Además, la resolución de esos recursos corresponde a un órgano colegiado y especializado como es la Junta de Contratación Pública de Navarra, que no está sometida a instrucciones jerárquicas⁷⁵.

Finalmente, tiene interés destacar que desde el año 1992 en Francia la Ley permite interponer el recurso directamente a los Tribunales, sin necesidad de previa impugnación ante la propia Administración. Ese recurso jurisdiccional o *“référé précontractuel”* debe resolverse en el plazo de 20 días.

29.5. ¿Cuáles son las principales diferencias entre el recurso especial de la LCSP y los recursos ordinarios de la Ley 30/1992?

La diferencia más relevante es que la interposición del recurso especial contra la adjudicación provisional de un contrato sujeto a regulación armonizada produce efectos suspensivos por

75 A esa cuestión se refiere la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006, en los siguientes términos: *“Además, a la luz de lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano que lo resolviese no debía estar sometido a instrucciones jerárquicas y ser de carácter colegiado. En este sentido, era clara la opción a favor de la Junta de Contratación Pública por cuanto a la ausencia de una dependencia jerárquica se le une el hecho de ser un órgano altamente especializado en la materia”*.

imperio de la Ley; en cambio, en los recursos de la Ley 30/1992, esa eficacia suspensiva no es automática, sino que se adoptará a la vista de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Otra de las diferencias más relevantes es la mayor celeridad del recurso especial de la LCSP (la duración máxima del procedimiento impugnatorio es de 20 días; transcurrido ese plazo el interesado puede entender que el recurso ha sido desestimado por silencio negativo). Los plazos de resolución de recursos previstos en la Ley 30/1992 son más extensos; en el caso del recurso de alzada se entiende desestimado por silencio negativo después de 3 meses desde la interposición, y en el caso del recurso potestativo de reposición, después de 1 mes.

También hay que destacar la mayor variedad de pretensiones que se pueden incluir en el recurso administrativo especial de la LCSP, pues a la pretensión anulatoria se puede acumular la de indemnización de daños y perjuicios. Además de la anulación del acto administrativo impugnado, al interponer el recurso especial de la LCSP se puede solicitar la supresión de cláusulas o requisitos contractuales que sean contrarios a Derecho (y que se continúe el proceso de selección y adjudicación con el resto de las cláusulas y requisitos). En cambio, en el caso de los recursos de alzada y reposición, la LPAC/1992 sólo contempla, en principio, la pretensión anulatoria.

29.6. ¿En qué contratos procede la interposición de los recursos ordinarios de la LPAC/1992?

Procede la interposición del recurso de alzada, o potestativamente se puede interponer el recurso de reposición, en todos los contratos en los que no sea obligatoria la interposición del recurso especial regulado en la LCSP.

Así sucede, por ejemplo, en los contratos administrativos de concesión de obras públicas, cuyo valor estimado sea inferior a 5.278.000 euros, por lo que no alcanzan el umbral mínimo para ser contratos sujetos a regulación armonizada.

Lo mismo ocurre en los contratos administrativos atípicos, por tener un objeto distinto al de los contratos sometidos al recurso especial de la LCSP.

También hay que seguir el procedimiento de recurso establecido en la Ley 30/1992, cuando el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia establecida en el artículo 97 de la LCSP.

29.7. ¿En qué contratos procede la interposición del recurso especial de la LCSP?

Conforme a lo establecido en el artículo 37 de la LCSP, hay 3 clases de contratos en los que procede la interposición del recurso administrativo especial de la LCSP: *i)* los contratos sujetos a regulación armonizada (incluidos los contratos subvencionados); *ii)* algunos contratos de servicios; y *iii)* algunos contratos de gestión de servicios públicos.

En el caso de los contratos de servicios, procede la interposición del recurso especial cuando el servicio esté incluido en alguna de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP (por

ejemplo, servicios de transporte, servicios jurídicos, servicios de educación y formación profesional, o culturales y deportivos, entre otros), siempre y cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 211.000 euros.

En el caso de los contratos de gestión de servicios públicos, procede la interposición del recurso administrativo especial cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y, además, el plazo de duración sea superior a 5 años.

Finalmente, importa destacar que el recurso especial en vía administrativa también se puede interponer para impugnar las decisiones adoptadas por las sociedades mercantiles que tengan la consideración de Poder Adjudicador, cuando preparen la celebración de contratos sujetos a regulación armonizada. En ese caso concreto la competencia para resolver el recurso corresponde al Ministerio del que dependa la sociedad de titularidad pública (o la Consejería autonómica, o el órgano local competente). En el supuesto de que la sociedad mercantil estuviera participada por más de una Administración Pública, la competencia para resolver el recurso corresponderá al órgano correspondiente de la que ostente el control societario o la participación mayoritaria.

29.8. ¿Qué decisiones se pueden impugnar mediante el recurso especial de la LCSP?

Conforme a lo establecido en el artículo 37.2 de la LCSP, las decisiones que se pueden recurrir por esa vía administrativa especial de recurso son las siguientes:

- i)* los acuerdos de adjudicación provisional;
- ii)* los pliegos reguladores de la licitación;
- iii)* los pliegos que establezcan las características de la prestación;
- iv)* algunos actos de trámite de carácter cualificado, adoptados durante la instrucción del procedimiento de selección y adjudicación del contrato.

29.9. ¿Cuál es la función del acto de adjudicación provisional?

La Directiva 2004/18 fuerza a los Estados a introducir un trámite de adjudicación provisional en el procedimiento de celebración de contratos. Según la Directiva 2004/18, la adjudicación provisional sirve para crear un *“período de congelación procedimental”* que paralice la adjudicación definitiva mientras se examinan los recursos. Sin esa congelación la impugnación perdería gran parte de su efectividad jurídica, pues se estaría ante hechos ya consumados y de difícil reversión jurídica, como sucede cuando la resolución del recurso se produce después de iniciarse la ejecución o cumplimiento del contrato. Por ello, el recurso especial contra la adjudicación provisional tiene eficacia suspensiva; mientras no se resuelva, la interposición del recurso impide continuar el procedimiento y llegar a la adjudicación definitiva.

29.10. ¿Existe ese trámite de adjudicación provisional en todos los procedimientos de contratación?; ¿en qué contratos está previsto ese trámite de adjudicación provisional?

La LCSP no exige que en todos los procedimientos exista el trámite de adjudicación provisional. Ese trámite sólo es de obligado cumplimiento en algunos casos concretos, que son los siguientes: *i)* siempre que el contrato lo adjudica un sujeto del sector público que tenga la consideración de Administración Pública; y *ii)* cuando la adjudicación la realicen los demás sujetos del sector público y se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada (por razón de su objeto y cuantía).

29.11. ¿Cuáles son los actos de trámite que tienen carácter cualificado y por tanto pueden ser impugnados por la vía del recurso especial?

A esos efectos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 37.2 de la LCSP, tienen la consideración de actos de trámite cualificados los siguientes: *i)* los que decidan directa o indirectamente la adjudicación; *ii)* los que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; *iii)* los que produzcan indefensión; y, *iv)* los que produzcan un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

29.12. ¿Qué ocurre con los actos de trámite que no tienen la consideración de cualificados?; ¿hay alguna garantía cuando esos actos de trámite son contrarios a Derecho?

Si se trata de un contrato sujeto al régimen especial de recursos de la LCSP, pero el acto de trámite no tiene carácter cualificado (por ejemplo, cuando se ha incumplido un plazo y el trámite se sustancia con retraso), se puede formular una queja (segundo párrafo del artículo 37.2 de la LCSP).

Esa queja se realiza mientras se está sustanciando el procedimiento y tiene por objeto denunciar el defecto en la tramitación y solicitar que se corrija el defecto (caso de ser ello posible). Resulta indicado precisar que la queja no es un acto impugnatorio; en ningún caso tiene la calificación de recurso administrativo. En este punto hay que recordar lo establecido en el artículo 79.2 de la Ley 30/1992: *“En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que puedan ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria”*.

En cualquier caso, aunque el acto de trámite no sea cualificado y por tanto no pueda ser objeto de impugnación autónoma o separada, la irregularidad procedimental puede ser combatida cuando ya se ha terminado el procedimiento, tanto si se ha formulado queja como si no se ha hecho esa denuncia. Efectivamente, al impugnar el acto que pone fin al procedimiento se pueden aducir todos los vicios jurídicos que se hubieran cometido durante el procedimiento o en la propia resolución final, con independencia de que se haya formulado queja o no se hayan denunciado las irregularidades no cualificadas.

29.13. ¿Quién puede interponer el recurso especial de la LCSP?; ¿a quién se atribuye legitimación?

Además de los licitadores que participen en el proceso de selección y adjudicación, también pueden interponer el recurso especial las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados, o pueden resultar afectados, por las decisiones objeto de recurso (artículo 37.3 de la LCSP). Mientras que la legitimación de los licitadores es clara, no es igualmente diáfana la legitimación de quienes no participan en el proceso de selección y adjudicación, pero sufren alguna lesión en sus derechos o intereses legítimos.

Dicho ello, para contextualizar esa novedad legislativa resulta indicado describir aquí qué criterio venía utilizando la jurisprudencia antes de aprobarse la LCSP. Por regla general, para que pueda prosperar el recurso contra el pliego de contratación es necesario tener legitimación procesal, y para ello hay que presentarse al proceso de selección del contratista (pues de lo contrario el recurrente no demuestra ser titular de un interés legítimo), y quien hubiera aceptado pacíficamente el pliego no puede después aducir que era contrario a Derecho al no resultar ganador del proceso de selección (pues consintió y aceptó la validez del pliego mientras pensaba que tenía posibilidades de resultar elegido). Es decir, es necesario manifestar la oposición jurídica al pliego, participar en el proceso de selección y, además, impugnar el acto de adjudicación; así lo declaran entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2001 y de 4 de noviembre de 1997. Según la jurisprudencia establecida en esos pronunciamientos, razones de coherencia impiden ir en contra de los actos propios y rechazar de forma tardía o extemporánea el pliego que originariamente había sido pacíficamente aceptado y consentido.

Esa regla general no se aplica por la jurisprudencia cuando el vicio que se reprocha al pliego es de nulidad radical o de pleno derecho (y no de simple anulabilidad). Cuando el vicio es de nulidad radical cabe impugnar el pliego sin necesidad de presentarse al proceso de selección (aunque el pliego hubiera sido provisionalmente aceptado para participar en el concurso o la subasta). Si el pliego exige algún requisito ilegal para participar en el proceso de selección, el aspirante tendrá legitimación procesal y puede limitarse a impugnar el pliego sin necesidad de intentar vanamente ser admitido en el proceso de selección (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2004).

Un supuesto atípico pero de interés es el relativo a la eventual legitimación de un sindicato o un comité de empresa para impugnar la adjudicación de un contrato en cuyo proceso de selección participó la empresa en la que se refieren los correspondientes órganos de representación. En ese caso el Tribunal Supremo considera que no hay legitimación, por no existir acción popular en materia de contratación y porque la resolución del recurso no produciría efectos en los derechos o intereses legítimos del sindicato o del comité de empresa⁷⁶.

76 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (ponente Celsa Picó Lorenzo): *“Se trata, como el propio Tribunal Constitucional observa, de aplicar a estas personas jurídicas asociativas singulares la misma exigencia que se aplica a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en un proceso: ostentar interés legítimo en él. Debe existir, pues, un vínculo especial y concreto entre el sindicato que ejercita la acción (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, traducible en una ventaja o beneficio derivado de la eventual estimación del recurso entablado en función de los intereses profesionales o económicos que aquél representa. Expuesta la anterior doctrina procede desechar el motivo del recurso por cuanto el Comité de Empresa recurrente ni ha evidenciado vínculo alguno entre el mismo y la pretensión ejercitada ni tampoco ha efectuado razonamiento adecuado sobre la concreta ventaja que obtendría de anularse el acto administrativo (...)*

29.14. ¿A quién la corresponde la resolución del recurso especial introducido por la LCSP?, ¿quién tiene competencia para estimarlo, desestimar o inadmitirlo?

Si quien tramita el procedimiento es un sujeto del sector público que tiene la consideración de Administración Pública en sentido estricto, la resolución del recurso especial corresponde al propio órgano de contratación que sustancia el procedimiento (artículo 37.4 de la LCSP).

Si quien tramita el procedimiento es un sujeto del sector público que no tiene la consideración de Administración Pública (como sucede en el caso de las EPEs o las sociedades que satisfagan necesidades públicas que tengan carácter industrial o mercantil), la competencia para resolver el recurso corresponde al titular del Ministerio, Consejería autonómica, u órgano local del que dependa el adjudicador (artículo 37.4 de la LCSP).

Si a la obligatoriedad del recurso administrativo se añade esa atribución competencial, no es aventurado vaticinar que en pocas ocasiones se estimará un recurso especial introducido por la LCSP.

Frente a la fórmula adoptada por la LCSP, en su Dictamen de 25 de mayo de 2006 el Consejo de Estado propuso que el recurso ante la Administración fuera potestativo (dejando al interesado la facultad de recurrir directamente ante los Tribunales), y además sugirió que la competencia para resolver los recursos se atribuyera a órganos especializados de carácter colegiado (utilizando pues, una fórmula similar a la que existe en materia tributaria con los llamados Tribunales económico-administrativos)⁷⁷, solución que además hubiera tenido expresa cobertura en el artículo 81 de la Directiva 2004/18: *“A tal fin podrán designar o establecer, entre otras cosas, una agencia independiente”*.

En el régimen dispuesto en la Ley Foral 6/2006, la interposición del recurso especial tiene carácter potestativo, y la resolución del recurso corresponde a un órgano colegiado y especializado como es la Junta de Contratación Pública de Navarra, que no está sometida a instrucciones jerárquicas.

29.15. ¿Se puede delegar la competencia para resolver los recursos administrativos?

La regla general dispuesta por la Ley 30/1992 es que esa competencia no se puede delegar, pero la LCSP introduce una excepción, aunque esa excepción tiene un matiz.

Al carecer la contratación pública de la acción popular debe insistirse en que no es suficiente una pura defensa de la legalidad; que es en realidad la actuación pretendida por el Comité de Empresa recurrente al sostener que la adjudicación controvertida no siguió ninguno de los trámites procedimentales que rige en materia de contratación pública”.

77 Según afirma el dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006: *“(…) aunque la solución adoptada por el anteproyecto no es contraria a la Directiva de recursos, el sistema de recursos especiales en materia de contratación ganaría si se atribuyese su resolución a un organismo administrativo independiente y compuesto por especialistas. Además de los beneficios que comporta la independencia del órgano llamado a resolver, la concentración de la competencia para ello en un número limitado de órganos podría permitir una mayor unificación de criterios en las resoluciones, descargando con ello la vía judicial”.*

El artículo 13 de la Ley 30/1992 establece la regla general en virtud de la cual un órgano administrativo no puede delegar a otro la resolución de los recursos administrativos.

Frente a ello, la LCSP establece que, salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entiende delegada conjuntamente con la competencia para contratar (artículo 37.5).

La propia LCSP introduce un matiz, pues esa delegación no alcanza a la estimación o desestimación de la solicitud de que se indemnicen los daños y perjuicios causados. Efectivamente, no es susceptible de delegación la potestad para resolver la reclamación resarcitoria de daños y perjuicios, que en todo caso debe ser decidida por el órgano delegante. Por ello, si el órgano delegado que conoce del recurso considerase que procede estimar la reclamación, elevará el expediente al órgano delegante, quien resolverá el recurso y declarará lo que proceda respecto a la indemnización de daños y perjuicios.

29.16. ¿Cuál es el calendario de interposición, tramitación y resolución del recurso especial de la LCSP?

Antes de describir el calendario en el que se suceden esos trámites, conviene hacer una precisión preliminar. En relación a los plazos que se cuentan por días, la LCSP adopta un criterio que se separa de los criterios de la Unión Europea, pues mientras que la LCSP se refiere a días hábiles, en el ámbito comunitario se computan los días naturales (según se infiere del apartado 50 del Preámbulo de la Directiva 2004/18, que se remite al Reglamento 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971).

Aunque la LCSP establece plazos diferentes para algunos trámites (que después serán explicados), el calendario general es el siguiente:

TRÁMITE	PLAZO
Interposición del recurso	10 días hábiles
Subsanación de defectos en la interposición	3 días hábiles
Alegaciones de los demás interesados	5 días hábiles
Remisión del expediente e informe sobre el recurso	2 días hábiles
Desestimación por silencio negativo	20 días hábiles desde la interposición del recurso

29.17. ¿Desde cuándo se computa el plazo de interposición?; ¿hay alguna regla especial?

Por regla general, el recurso especial de la LCSP se interpone en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado (artículo 37.6 de la LCSP).

En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de su publicación en un Diario Oficial, o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Si después de presentado el recurso se advierte la omisión de algún requisito, el interesado dispone de 3 días hábiles para su subsanación.

Ahora bien, cuando el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia, el plazo para la interposición del recurso es de 7 días hábiles, y el plazo de subsanación de 2 días hábiles.

29.18. ¿Dónde se presenta el recurso especial?

La presentación del escrito de interposición debe realizarse en el Registro del órgano de contratación, o en el del órgano competente para la resolución del recurso (segundo párrafo del artículo 37.6 de la LCSP).

29.19. ¿Qué efectos produce la interposición del recurso especial?

Por regla general, la simple interposición del recurso no produce efectos suspensivos y no paraliza la tramitación del procedimiento de contratación. Ahora bien, cuando se impugna el acto de adjudicación provisional, la simple interposición suspende la tramitación del procedimiento hasta que se resuelva el recurso, por lo que no puede procederse ni a la adjudicación definitiva, ni a la formalización del contrato (artículo 37.7 de la LCSP). En cambio, cuando el objeto de la impugnación no sea la adjudicación provisional sino otro acto distinto (por ejemplo, las cláusulas del pliego por considerarlas contrarias a Derecho), ya no es automática la suspensión del procedimiento o la adopción de cualquier otra medida provisional, sino que deberá ser solicitada expresamente por quien interpone el recurso, y deberá ser valorada caso por caso a la vista de las particulares circunstancias que concurran.

Finalmente, si lo que se impugna es la adjudicación provisional de un acuerdo marco (del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios), el órgano competente para resolver el recurso puede levantar la suspensión, una vez transcurridos 5 días hábiles desde su interposición (artículo 37.7 de la LCSP).

29.20. ¿Qué medidas cautelares o provisionales pueden solicitarse al interponer el recurso especial?

Aunque por sí sola la simple interposición del recurso especial no produce siempre efectos suspensivos (salvo el caso del recurso contra el acto de adjudicación provisional), en algunos casos el recurrente puede solicitar a la Administración que adopte medidas cautelares o provisionales.

El artículo 38.1 de la LCSP prevé 4 tipos de pretensiones al solicitar la adopción de alguna medida cautelar o provisional: *i)* suspensión del procedimiento de adjudicación; *ii)* suspensión de la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación; *iii)* corrección de las infracciones procedimentales; ó *iv)* impedir que se causen al interesado otros perjuicios adicionales a los ya ocasionados.

En el supuesto de que de la adopción de la medida cautelar solicitada pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la Administración puede exigir la constitución de caución

o garantía suficiente para responder de ellos. En ese caso, la medida cautelar no surte efectos mientras no se materialice la constitución de la garantía o caución.

Resulta indicado destacar que el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 criticó que esas medidas cautelares previstas para el recurso especial no sean de aplicación a los recursos administrativos que se interponen al amparo del régimen general de la Ley 30/1992, cuando se trata de decisiones adoptadas en el procedimiento de selección y adjudicación de contratos que no están sujetos a regulación armonizada. Por esa vía parecen reducirse las garantías que establecía el artículo 60.bis) del TRLCAP/2000.

29.21. ¿En qué momento se puede solicitar la adopción de medidas cautelares?

La adopción de medidas cautelares se puede solicitar no sólo al interponer el recurso especial, sino incluso antes de formalizar su presentación (artículo 38.6 de la LCSP).

Si las medidas cautelares se solicitan y se adoptan antes de interponerse el recurso, decaerán si transcurre el plazo para formalizar el recurso sin que el interesado lo haya llegado a presentar.

29.22. ¿En cuánto tiempo debe resolverse la solicitud de medidas cautelares?

La decisión sobre las medidas cautelares solicitadas debe producirse dentro el plazo de 2 días hábiles siguientes a la petición (artículo 38.3 de la LCSP).

Si una vez transcurrido ese plazo no se hubiera dictado resolución expresa, el interesado puede entender desestimada su solicitud por silencio negativo (artículo 38.3 de la LCSP).

En su estricta literalidad, la LCSP establece que el plazo de 2 días hábiles es sólo para resolver sobre la solicitud, no para resolver y notificar, creándose así un cierto margen de duda interpretativa, pues la regla general dispuesta en la Ley 30/1992, es que dentro del plazo máximo legalmente establecido la Administración debe no sólo dictar una resolución expresa, sino además notificarla en debida forma.

29.23. ¿Cómo se desarrolla el recurso especial después de su interposición?; ¿qué trámites hay que sustanciar durante la tramitación del procedimiento?

En su estricta literalidad, la LCSP sólo establece 3 trámites: *i)* remisión del expediente; *ii)* emisión de un informe; y *iii)* alegaciones de los demás interesados.

El problema es que la LCSP no regula con la debida claridad en qué orden hay que realizar los 3 trámites que prevé. Tal y como está redactada la Ley, aparentemente lo primero es dar traslado del recurso a los demás interesados, para que puedan formular alegaciones en el plazo de 5 días hábiles, y después se remite el expediente acompañado de un informe dentro de los 2 días hábiles siguientes (aunque el texto es confuso, la LCSP parece amparar que el traslado para alegaciones y la reclamación del expediente se realicen de forma simultánea).

Es el órgano que instruye el procedimiento de selección del contratista quien en el plazo de 2 días hábiles debe remitir el expediente, y aparentemente debe enviarlo, acompañado de un informe, al órgano competente para resolver el recurso. Aunque la LCSP no precisa cuál es el contenido de ese informe, cabe entender que debe referirse al fundamento de la impugnación y, en su caso, a las alegaciones formuladas por los interesados.

La LCSP no establece que el expediente deba ser remitido siempre, sino sólo “*en su caso*” (ocurre que la Ley no precisa en qué casos sí hay que remitirlo y en cuáles no es necesario). Si aplicamos los criterios generales del procedimiento administrativo establecidos en el artículo 84.4 de la Ley 30/1992, se puede prescindir del trámite de alegaciones del interesado a la vista del expediente, cuando en él no figuren otros hechos u otras alegaciones distintas a las aducidas por quien interpuso el recurso, o las pruebas que se hubiere aportado el propio recurrente.

Una vez formuladas alegaciones por los demás interesados, la LCSP no prevé de forma expresa ni la práctica de pruebas, ni la formulación de alegaciones por el recurrente, lo que puede cuestionar el carácter contradictorio del procedimiento de recurso y el derecho a una defensa con igualdad de armas procesales. Ello no obstante, podría argumentarse que nada impide aplicar las reglas generales de la Ley 30/1992, y practicar pruebas cuando exista controversia acerca de los hechos relevantes, o dar al recurrente la oportunidad de argumentar en contra de las alegaciones presentadas por otros interesados (según se infiere de lo dispuesto en el artículo 85.3 de la Ley 30/1992).

La LCSP no atribuye a órganos distintos la instrucción y la resolución del procedimiento de recurso, por lo que la instrucción no termina con una propuesta de resolución del instructor, sino que después de despachar el último trámite se pasa directamente a la resolución.

29.24. ¿Cómo termina el procedimiento de impugnación?; ¿en qué plazo debe dictarse la resolución del recurso especial?

El órgano competente para resolver el recurso tiene la obligación de dictar y notificar su decisión en el plazo máximo de 5 días hábiles desde que se hayan recibido las alegaciones de los interesados o haya transcurrido el plazo para su formulación. La resolución debe notificarse a todos los interesados que hubiesen comparecido en el procedimiento (artículo 37.9 de la LCSP).

Cabe entender que el recurso se ha desestimado por silencio negativo, una vez transcurran 20 días hábiles desde el día siguiente a su interposición, sin que se haya notificado su resolución expresa. Como es sabido, el silencio es una simple ficción jurídica creada para evitar la indefensión del recurrente, por lo que no produce los mismos efectos que una resolución expresa desestimatoria de la impugnación. Aunque hubieran transcurrido más de 20 días, el órgano competente para resolver seguirá obligado a dictar y notificar una resolución expresa.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el acto ficticio que tiene sentido negativo nunca llega a ganar firmeza y puede ser impugnado en cualquier momento para evitar un resultado injusto para el ciudadano. El Tribunal Constitucional ha optado por proteger la justicia frente a la seguridad jurídica permitiendo que el silencio negativo pueda ser combatido en cualquier momento (incluso después de haber precluido el plazo procesal para impugnarlo). El silencio administrativo negativo es una ficción legal que únicamente responde a la finalidad de que el

ciudadano pueda llegar a los Tribunales superando la pasividad de la Administración, y por ello *“la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de la obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, pues este deber entronca con la cláusula del Estado de Derecho”* (declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 220/2003, de 15 de diciembre).

29.25. ¿Cuál es el contenido de la resolución del recurso especial?; ¿qué pronunciamientos puede incluir?

La resolución expresa debe ser motivada y congruente con los argumentos esgrimidos por el recurrente (artículo 37.9 de la LCSP), pero no por ello debe limitarse a contestar a su pretensión, sino que además debe pronunciarse sobre todas las cuestiones que resulten del expediente (según se infiere de la regla general dispuesta por el artículo 89.1 Ley 30/1992).

Según las particulares circunstancias que concurran en cada caso, la resolución puede: *i)* estimar el recurso; *ii)* desestimarlo; ó *iii)* inadmitirlo (cuando se presente fuera de plazo, el interesado no tenga legitimación, o se trate de un acto que no sea susceptible de impugnación).

Las pretensiones que puede ejercer el recurrente, y que deben ser expresamente respondidas en la resolución son, al menos, las siguientes (segundo párrafo del artículo 37.9 de la LCSP): *i)* la adjudicación del contrato; *ii)* la anulación del acto o pliego impugnado; *iii)* la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el pliego, el anuncio de licitación, o cualquier otro documento relacionado con la licitación o la adjudicación; *iv)* la retroacción del procedimiento de selección y adjudicación al momento inmediatamente anterior a la infracción administrativa del procedimiento; ó *v)* el reconocimiento del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios causados por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso fuera a decidir que debe adjudicarse el contrato a otro licitador distinto al propuesto en la adjudicación provisional, antes de ser adoptada esa decisión se debe otorgar a quien resulta adjudicatario en virtud del recurso un plazo de 10 días hábiles, para que pueda presentar la pertinente documentación exigida por el segundo párrafo del artículo 135.4 de la LCSP.

29.26. ¿Qué recurso se puede interponer contra la resolución que pone fin al procedimiento especial de la LCSP?

Contra el acto administrativo que de forma expresa resuelve el recurso especial de la LCSP, o contra la denegación ficticia por silencio negativo, sólo cabe la interposición de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si se impugna la resolución administrativa expresa, el recurso judicial debe interponerse en el plazo de 2 meses. Si se impugna la denegación ficticia por silencio negativo, el recurso judicial debe interponerse en el plazo de 6 meses (sin perjuicio de la precisión que se infiere de la jurisprudencia constitucional que, como se ha visto más arriba, cuestiona el carácter preclusivo de este último plazo, pues la técnica del silencio negativo debe interpretarse y aplicarse en beneficio de los particulares y no de la Administración).

29.27. ¿Qué novedades introduce la LCSP respecto a la competencia jurisdiccional para conocer de las controversias en materia de contratos?

La principal novedad es la matización de la tradicional teoría de los actos separables, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora, esa teoría de los actos separables sólo se aplica a: *i*) los contratos sujetos a regulación armonizada; y *ii*) los contratos de Derecho privado celebrados por las Administraciones Públicas (pero no se aplica a los celebrados por los demás sujetos del sector público que no tengan la consideración de Poder Adjudicador).

Con la LCSP los factores relevantes para determinar la distribución de competencias jurisdiccionales son los siguientes: *i*) la naturaleza del contrato (administrativa, de Derecho Privado, o sujeto a regulación armonizada); *ii*) la naturaleza del sujeto del sector público (Administración Pública en sentido estricto, Poder Adjudicador y otros sujetos distintos del sector público).

La LCSP amplía la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al atribuirle el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación a los actos de preparación, selección y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada y, en consecuencia, a contratos que celebren todos los Poderes Adjudicadores, concepto que engloba a entidades distintas a las Administraciones Públicas en sentido estricto.

La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa alcanza al control de los contratos administrativos, tanto los “*contratos típicos o nominados*” (obras, gestión de servicios, suministro, servicios, concesión de obra pública, colaboración con el sector privado), como los “*atípicos o innominados*” que tengan naturaleza administrativa especial (por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración Pública que sea parte del contrato).

En el marco de la LCSP, la manera de agotar la vía administrativa previa de recurso será doble; cuando se trate de contratos que estén sujetos a regulación armonizada, procede interponer el recurso especial introducido “*ex novo*” por la LCSP; cuando se trate de un contrato que no está sujeto a regulación armonizada procede interponer el recurso de alzada o el potestativo de reposición que proceda en aplicación de los criterios generales establecidos en la Ley 30/1992.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no tiene competencia en relación a los efectos, al cumplimiento o la extinción de los contratos de Derecho privado celebrados por las Administraciones Públicas (por lo que la resolución de esas controversias corresponde a la competencia de la Jurisdicción Civil).

Ahora bien, antes del nacimiento o celebración de esos contratos privados, la Administración Pública debe cumplir con exigencias competenciales y procedimentales reguladas por el Derecho Administrativo. Por ello, el Derecho separa, por un lado, los actos de preparación y adjudicación (el nacimiento del contrato privado que se rige por el Derecho Administrativo y se someten a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), y por otro los actos de cumplimiento, ejecución, interpretación, modificación, anulación o extinción (la vida del contrato privado, que se somete al Derecho Privado y a la Jurisdicción Civil).

Lo mismo ocurre respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada (incluidos los contratos subvencionados). Es decir, también corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación a la preparación y ad-

judicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluso en el caso de los contratos subvencionados en los que ambas partes sean particulares (artículo 21.1 de la LCSP).

En cambio, corresponde a la Jurisdicción Civil la competencia para conocer de las siguientes controversias (artículo 21.2 de la LCSP): *i)* las relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas u otros sujetos de sector público; *ii)* las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados que no estén sujetos a regulación armonizada, y se celebren por sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	JURISDICCIÓN CIVIL
Contratos administrativos (preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción)	
Contratos sujetos a regulación armonizada (preparación y adjudicación)	Contratos sujetos a regulación armonizada no adjudicados por Administraciones Públicas (efectos, cumplimiento y extinción)
Contratos privados de las Administraciones Públicas (preparación y adjudicación)	Contratos privados de las Administraciones Públicas (efectos, cumplimiento y extinción)
	Contratos privados que no estén sujetos a regulación armonizada y se celebren por sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública (preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción)

29.28. ¿Puede un Tribunal determinar a quién hay que adjudicar el contrato?; ¿cuál es el alcance y límites del arbitrio judicial?

En este punto hay que tener en cuenta los criterios utilizados para la adjudicación de cada contrato. Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser necesariamente el del precio más bajo (artículo 134.1 “*in fine*” de la LCSP) y, en ese caso, no hay obstáculos para que la Sentencia identifique cuál es el precio más bajo y declare el derecho a la adjudicación del contrato.

El problema surge cuando para valorar las proposiciones se utilizan varios criterios, que en ocasiones no son sólo cuantitativos, sino también cualitativos, y por tanto susceptibles de ser ponderados dentro de los márgenes de apreciación discrecional que el ordenamiento confiere a la Administración. En ese escenario se plantea si un Tribunal puede valorar esas circunstancias y determinar qué licitador tiene derecho a la adjudicación del contrato.

Para responder esa cuestión hay que empezar recordando lo establecido en el artículo 71.2 de la LJCA): *“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

La discrecionalidad que el ordenamiento atribuye a la Administración no puede ser asumida por los Juzgados y Tribunales. El fallo de la Sentencia no puede sustituir a la voluntad administrativa cuando el ordenamiento admite la existencia de varias soluciones igualmente válidas en Derecho. Por ello los órganos jurisdiccionales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

En consecuencia, si hay ofertas de varios licitadores que cumplen las bases determinadas por el pliego, la Sentencia judicial no puede determinar a cuál de ellos debe adjudicarse el contrato, pues la valoración discrecional entre esas ofertas igualmente válidas en Derecho corresponde a la Administración⁷⁸. El Tribunal puede anular la adjudicación realizada en favor de un licitador, pero por regla general no puede determinar a quién habrá de adjudicarse el contrato, pues de lo contrario el arbitrio judicial estaría sustituyendo la discrecionalidad administrativa. Sólo en circunstancias muy excepcionales, por ejemplo cuando sólo hubiera otro licitador, el Tribunal podría decidir que tiene derecho a la adjudicación del contrato, pues si en esas circunstancias fuera indispensable devolver las actuaciones a la Administración para que sea ella quien valore la única oferta alternativa y adjudique el contrato, la tutela judicial perdería el rasgo de *“efectividad”* que exige el artículo 24 de la Constitución, pues la dilación no tendría justificación razonable.

29.29. ¿A quién debe dirigirse la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados al licitador injustamente excluido?; ¿sólo a la Administración Pública?; ¿hay alguna vía para exigir que las autoridades o funcionarios respondan con su propio patrimonio?

Siguiendo al Derecho Administrativo francés, la dogmática del nuestro se ha construido también en torno al acto administrativo. El pilar formal de ese régimen es la regulación legal de los vicios del acto administrativo. La Ley tipifica los vicios de nulidad radical y anulabilidad de

78 Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (ponente Rafael Fernández Montalvo): *“Y por otra, la decisión administrativa, en casos como el presente de adjudicación de un concurso, que exige tomar en cuenta criterios técnicos o de conveniencia (económica, social, organizativa), será ajustada a Derecho siempre que no se aparte de las bases o pliego de cláusulas, no aparezca como arbitraria o, en fin, realice una aplicación inadecuada del concepto de mayor ventaja que incorpora la norma jurídica.*

En este contexto ha de admitirse que la ley se remite, en primer lugar, a valoraciones técnicas que ha de hacer Administración sobre la base de conocimientos técnicos del servicio que se justifican en la propia razonabilidad de la decisión del órgano que realiza la calificación. Y el ulterior control jurisdiccional ha de atender, en cuanto al contenido, a los conceptos jurídicos indeterminados de mérito, capacidad, oferta más ventajosa, etc., cuya concreción es enormemente incierta, salvo que la norma incorpore datos objetivamente contrastables.

En definitiva, el control judicial tiende al cumplimiento de la garantías organizativas y procedimentales, y aunque incluye el de la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, el Tribunal no puede sustituir materialmente el de la Administración si no evidencia en su razonamiento que ha efectuado una aplicación arbitraria de los conceptos que incorpora la norma”.

los actos, en la confianza de que esa reacción formal basta para satisfacer el interés general que representa el cumplimiento de la Ley o la observancia del procedimiento administrativo. Junto a ese *pilar formal*, el sistema administrativo se apoya en el *pilar material* de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La responsabilidad no se individualiza en las autoridades y funcionarios que han causado el vicio jurídico que invalida al acto administrativo; la responsabilidad no pesa sobre quien incumple la Ley; para el lesionado el contrapeso de esa irresponsabilidad personal de las autoridades y funcionarios es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

La impugnación en sede judicial puede consistir en una pretensión procesal no sólo anulatoria del acto impugnado (recurso de simple anulación), sino que también puede solicitarse la percepción del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación de la oportunidad real de resultar adjudicatario del contrato (recurso de plena jurisdicción), y también se puede incluir la pretensión de que por el Tribunal se ordene la adopción de todas las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente.

Ahora bien, imputar directamente a la Administración Pública las consecuencias lesivas derivadas de un determinado acto no conduce necesariamente a una absoluta exoneración de responsabilidad de la autoridad pública o funcionario que dictó aquel acto contrario a Derecho, dado que, de lo contrario, se sentarían las bases para debilitar y falsear la vigencia práctica y efectiva del principio de legalidad dispuesto en la Constitución (artículos 9.3 y 106.1). Así lo impone en términos suficientemente claros, la disposición adicional vigésimo segunda.1) de la LCSP, a cuyo tenor:

“La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.”

En este sentido hay que estar a lo que prescribe el artículo 145 de la Ley 30/1992 (que fue objeto de nueva redacción por la Ley 4/1999, que introdujo una novedad de extraordinaria relevancia a los efectos que aquí interesan). A tenor de lo dispuesto en la actual redacción del artículo 145 de la Ley 30/1992:

“1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiera incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.”

Esa norma señala, pues, la exigencia de responsabilidad por la propia Administración Pública a sus autoridades y servidores cuando aquélla hubiese indemnizado a los lesionados, y las autoridades o servidores públicos hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia grave. La acción de regreso articulada en nuestro ordenamiento jurídico es una acción que la Admi-

nistración pública está obligada a ejercitar cuando se den las condiciones exigidas en la Ley 30/1992.

Al respecto, resulta preciso matizar que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, configuró la acción de regreso como obligatoria, no potestativa. Donde antes se decía que la Administración que haya indemnizado *“podrá exigir de las autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido”*, se dice ahora que en esos supuestos la Administración Pública *“exigirá de oficio”* la indemnización a la autoridad o funcionario causante del resultado lesivo. La Ley 30/1992 no deja, pues, en manos de la Administración pública la libre decisión de conveniencia u oportunidad respecto al ejercicio o no de la acción de regreso. El ejercicio de esa acción no es discrecional sino reglado. En este sentido, resultan clarificadoras las conclusiones sobre la actual redacción del artículo 145 que señala el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1998 (número 5356/1997, relativo al Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992):

“El texto proyectado contiene una modificación sustancial respecto del vigente, que consiste en la sustitución de la posibilidad de que la Administración que hubiere indemnizado a los lesionados exija de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, por la prescripción de que la “exigirá de oficio”. Se pretende dar efectividad a una previsión legal que prácticamente no se ha aplicado.”

En resumen, si como consecuencia de las eventuales reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, éstas resultan obligadas a indemnizar por los daños y perjuicios causados a los particulares afectados, deberán ejercitar la acción de regreso contra la autoridad o el servidor público que causó el daño, siempre y cuando se den las condiciones exigidas en la Ley 30/1992.

30.1. ¿A qué sujetos del sector público se aplica el régimen de garantías contractuales establecido en la LCSP?

La LCSP únicamente regula con cierto detalle las garantías cuando la parte contractual es una Administración Pública en sentido estricto.

Ese mismo régimen de garantías no se aplica a los Poderes Adjudicadores u otros sujetos del sector público que no tienen la consideración de Administración Pública. Para esos otros sujetos del sector público, el artículo 92 de la LCSP se limita a establecer que también pueden exigir garantías provisionales y la definitiva. En cuanto al importe de las garantías aplicable por esos otros sujetos del sector público, y al régimen de devolución o cancelación, la LCSP se remite a lo que establezca el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.

30.2. ¿Qué clases de garantía establece la LCSP?

La Ley regula las garantías provisionales y las definitivas.

La garantía definitiva puede ser individualizada para cada contrato, o global para el conjunto de contratos que una misma empresa u operador económico celebra con cada Administración Pública.

30.3. ¿Qué privilegios confieren las garantías a la Administración contratista?

La Administración Pública tiene preferencia sobre cualquier otro acreedor para hacer efectiva la garantía (artículos 85 y 89 de la LCSP).

Cuando la garantía no fuese bastante para cubrir las responsabilidades a que está afecta, sin necesidad de acudir a los Tribunales la Administración puede cobrar la diferencia ejerciendo en régimen de autotutela el privilegio de recaudación ejecutiva por la vía de apremio sobre el patrimonio.

30.4. ¿Cómo pueden prestarse las garantías del contrato?; ¿dónde debe acreditarse la constitución de las garantías?

La garantía sólo puede constituirse mediante las figuras expresamente tipificadas por la Ley (Informe JCCA 22/98, de 22 de junio de 1998). No hay libertad para elegir qué tipo de garantía prestar. La LCSP establece en su artículo 84 un “*numerus clausus*” de garantías admitidas, que deben prestarse en alguna de las siguientes formas: *i)* en efectivo; *ii)* en valores de Deuda Pública; *iii)* mediante aval; *iv)* mediante contrato de seguro de caución; ó *v)* excepcionalmente mediante retención del precio, en los casos previstos en la Ley.

En consecuencia, la garantía no puede prestarse mediante la constitución de una prenda o una hipoteca.

Cuando se trate de contratos distintos a los de ejecución de obra y de concesión de obra pública, la garantía puede instrumentarse mediante retención en el precio (siempre y cuando así lo prevea el pliego).

Cuando la garantía se preste en efectivo o en valores de Deuda Pública, la entrega del dinero o de la certificación de haberse inmovilizado los valores se realiza en la Caja General de Depósitos (o en sus sucursales territoriales, encuadradas en las Delegaciones de Hacienda, o en las Cajas equivalentes de las Comunidades Autónomas, o de las Entidades Locales contratantes).

Cuando la garantía se preste mediante aval bancario, de entidad financiera o de sociedades de garantía recíproca, el documento acreditativo de la constitución del aval se entregará en el lugar indicado en el párrafo anterior.

Cuando la garantía se preste mediante contrato de seguro de caución celebrado con una entidad autorizada para operar en ese ramo, el certificado del seguro también debe entregarse en las citadas dependencias.

30.5. ¿Quiénes puede prestar aval?; ¿puede hacerlo una compañía de seguros?; ¿existe plena libertad para que el aval lo pueda prestar cualquier persona con capacidad económica?

No basta la capacidad económica, pues sólo pueden prestar el aval los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca (que estén autorizados para operar en España). Así lo establece ahora el artículo 84.1.b) LCSP, y así lo había considerado ya el Informe JCCA 11/96, de 7 de marzo de 1996.

Una compañía aseguradora no puede prestar el aval, pero puede celebrar el contrato de seguro de caución. Hay que tener en cuenta que ese contrato sólo puede celebrarse con una entidad aseguradora autorizada para operar en España en ese ramo.

30.6. ¿Qué régimen se aplica a los terceros que han otorgado garantías en favor del licitador o del adjudicatario?

Los terceros que presten garantías no pueden utilizar el beneficio de excusión regulado en los artículos 1830 y siguientes del Código Civil.

En el caso del contrato de seguro de caución, se aplican las siguientes reglas: *i)* el tomador del seguro será el contratista; *ii)* la Administración será la asegurada; *iii)* cualquier falta de pago de la prima no da derecho al asegurador a resolver el contrato (tampoco lo extingue ni suspende la cobertura, ni libera al asegurador en caso de que deba hacer efectiva la garantía); y *iv)* el asegurador no puede oponer a la Administración las excepciones que puedan corresponderle contra el contratista.

En cualquier caso, el avalista o asegurador tiene la consideración legal de interesado en los procedimientos que afecten a la garantía, por lo que tiene derecho a participar en el expediente que se tramite y a formular alegaciones.

30.7. ¿Tiene derecho el garante a participar siempre en el procedimiento de resolución del contrato?

No; la condición de interesado del garante no se extiende a la resolución del contrato por cualquier causa (como el mutuo acuerdo o el incumplimiento de la propia Administración).

La condición de interesado del garante sólo alcanza a los procedimientos de resolución que, por estar causados por culpa imputable al contratista, pueden determinar la incautación de la garantía (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001). Hay que tener en cuenta que las alegaciones del contratista o las pruebas que pueda aportar, pueden significar la liberación o no de las responsabilidades del garante, y por ello se le atribuye la condición de interesado en esos procedimientos.

30.8. ¿Cuál es la situación de los coavalistas o contragarantes?; ¿tienen siempre la condición de interesados ante la Administración?

Quienes al constituirse la garantía hayan comparecido ante la Administración cubriendo las responsabilidades del garante, bien como coavalistas, o por cualquier otra figura análoga de contragarantía, pueden tener la condición de interesados, y por tanto tienen derecho a ser informados y oídos en caso de que la Administración vaya a instruir actuaciones para la ejecución de la garantía (artículo 85.2 de la LCSP).

Ahora bien, no tendrán la consideración de interesados si la contragarantía se hubiera constituido sin conocimiento formal de la Administración, o sin que tenga conocimiento de los términos en que ha sido pactada; así se infiere del Informe de la JCCA 36/99, de 12 de noviembre de 1999.

31.1. ¿Para qué se exige la garantía provisional?; ¿qué garantiza?

La Ley exige a quienes participen en el proceso de selección del contratista la constitución de una garantía provisional para (artículo 91 de la LCSP): *i)* reforzar la seriedad de la presentación de las ofertas; y *ii)* asegurar que el adjudicatario seleccionado procederá a la formalización del contrato y a la constitución de la garantía definitiva.

Procede la ejecución de esa garantía provisional si de forma injustificada se retira una oferta antes de la adjudicación provisional del contrato, o si quien resulta seleccionado adjudicatario no constituye la garantía definitiva, o por causas que le sean imputables no formaliza el contrato.

31.2. ¿Pueden exigirse al licitador responsabilidades por encima del importe de la garantía provisional?

La incautación de la garantía no implica una indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración. Es una medida penitencial de la relación precontractual. Por ello, en algunas circunstancias, además de ejecutar la garantía provisional, la Administración puede exigir al licitador el resarcimiento de los daños y perjuicios causados (Dictamen del Consejo de Estado de 29 de septiembre de 1994). Según las particulares circunstancias del caso, así puede suceder, por ejemplo, si por causas imputables al adjudicatario no llega a formalizarse el contrato, y la frustración de los tratos precontractuales produce daños o perjuicios que lesionen a la Administración.

31.3. ¿En qué circunstancias se entiende que no está justificada la retirada de una proposición u oferta?

La garantía provisional se puede ejecutar si el licitador retira *“injustificadamente”* su proposición u oferta.

A esos efectos, se considera que hay una retirada injustificada, por ejemplo, cuando el licitador alega haber cometido un error de previsión, del que resulta la inconsistencia de su proposición, haciéndola inviable.

Si la Administración considera que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados, debe requerir al aspirante para que los justifique. Si el aspirante no contesta y no ofrece una justificación, la Administración puede también ejecutar la garantía provisional.

El artículo 49.2.d) de la LCSP ha introducido una novedad, pues ahora se tipifica como prohibición de contratar con las Administraciones Públicas haber retirado indebidamente la proposición o candidatura para resultar adjudicatario de un contrato, o haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato por no constituir la garantía, o por no cumplir cualquiera de las otras circunstancias expresamente mencionadas en el artículo 135.4, siempre y cuando hubiera mediado dolo, culpa o negligencia.

31.4. ¿Qué ocurre si el licitador ha cometido algún error material en la presentación de la oferta?; ¿se puede retirar anticipadamente la oferta sin perder la garantía provisional?

Aunque el licitador haya cometido un error material al consignar la cifra de su oferta no puede retirarla anticipadamente, ni siquiera en el supuesto de que el error determinara que la oferta es anormalmente baja. Si lo hace se considerará que no hay justificación para retirar la oferta y se ejecutará la garantía provisional. Así resulta del Informe de la JCCA 25/07, de 5 de julio de 2007.

31.5. ¿Cuál es el importe de la garantía provisional?

La cuantía máxima de la garantía provisional es del 3 por ciento del presupuesto del contrato. Sin rebasar ese máximo, el pliego de cláusulas administrativas podrá determinar el porcentaje aplicable para determinar la garantía provisional (artículo 91.2 de la LCSP).

Es decir, la LCSP introduce un margen de elasticidad frente a la rigidez del TRLCAP/2000, que establecía que la garantía provisional era siempre del 2 por ciento del presupuesto. En el caso concreto de Navarra, la garantía provisional es del 2 por ciento del valor estimado del contrato (artículo 53.1 de la Ley Foral 6/2006, norma que se describe en el apartado 39 de este mismo estudio introductorio).

31.6. ¿Debe exigirse la garantía provisional en todos los contratos?

La regla general con el TRLCAP/2000 era la obligatoriedad de constituir la garantía provisional para participar en el proceso de selección. Esa regla general tenía algunas excepciones; entre otras: *i)* procedimiento negociado; *ii)* contratos administrativos especiales; ó *iii)* contratos privados.

Ahora, la LCSP confiere al órgano de contratación un amplio margen de discrecionalidad para valorar en cada caso la conveniencia o necesidad de exigir la constitución de la garantía provisional. Estamos ante una innovación relevante por el ahorro que puede implicar para

los licitadores. Ahora bien, habrá que esperar algún tiempo para conocer si la Administración se deja llevar por la inercia de la experiencia acumulada y sigue exigiendo mecánicamente la constitución de garantía provisional, o si hace un uso razonable y proporcionado del margen de discrecionalidad que ahora le confiere la LCSP, bien no exigiéndola, bien exigiéndola en cuantías distintas al máximo legal del 3 por ciento.

31.7. ¿Cómo debe constituir la garantía provisional una UTE?; ¿basta con que cada miembro de la UTE garantice la parte de responsabilidad que pudiera corresponderle?

Hay dos grandes alternativas, que sea la propia UTE quien constituya la garantía provisional, o que sean individualmente sus miembros quienes la presten.

En este último caso, no basta con que cada miembro de la UTE garantice la parte alícuota de responsabilidad que le puede corresponder, aunque la suma global de las garantías individualmente prestadas por cada miembro alcance la cuantía requerida. No basta una responsabilidad mancomunada, sino que debe ser solidaria. La garantía provisional tiene por objeto asegurar la seriedad y el mantenimiento de la oferta unitariamente presentada por la UTE. Según criterio de la JCCA, deben rechazarse las garantías provisionales que garanticen sólo a la empresa que las constituya, pues tal limitación impide que la garantía tenga plenos efectos en caso de retirada de la oferta o en el supuesto de que el adjudicatario no formalice el contrato (Informes JCCA 12/99, de 17 de marzo de 1999, y 69/99, de 11 de abril).

Ahora bien, no es imprescindible que todas las empresas concurren a la constitución de la garantía provisional. Cabe que una sola empresa de las participantes en la UTE constituya la garantía en beneficio de todas, siempre que alcance la cuantía conjunta requerida para la UTE. En ese caso la responsabilidad es solidaria por aplicación directa de la legislación reguladora de la UTE (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005).

31.8. ¿Cuándo se devuelve y cancela la garantía provisional?

En relación a quienes no resultan adjudicatarios del contrato, la garantía provisional se extingue automáticamente después de la adjudicación definitiva del contrato, por lo que les será devuelta *“inmediatamente”*. Ahora bien, no procede la devolución sino la incautación de la garantía provisional, cuando una empresa retire *“injustificadamente”* su proposición antes de la adjudicación del contrato (artículo 91.4 de la LCSP).

En relación a quien resulte adjudicatario del contrato, la Administración retendrá *“en todo caso”* la garantía provisional hasta que se constituya la garantía definitiva (artículo 91.4 de la LCSP).

En cuanto a la articulación de la garantía provisional y la definitiva, el adjudicatario del contrato tiene dos alternativas: *i)* conservar la garantía aplicando el importe de la garantía provisional a la definitiva, completando la diferencia; ó *ii)* constituir una nueva garantía (en este caso la garantía provisional se cancela al constituir la definitiva).

32.1. ¿Para qué se exige la garantía definitiva?; ¿qué garantiza?

La LCSP exige a quien resulte elegido como adjudicatario provisional del contrato, la constitución de una garantía definitiva antes de la formalización del contrato (art. 83.1 de la LCSP).

Los riesgos cubiertos por esa garantía son los siguientes: *i)* el cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales; y *ii)* el incumplimiento del contrato.

Con cargo a la garantía definitiva, la Administración puede (artículo 88 de la LCSP): *i)* ejecutar las penalidades o multas coercitivas impuestas al adjudicatario por retrasos o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales; *ii)* resarcirse de los daños y perjuicios causados por el cumplimiento defectuoso o incumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones contractuales; y *iii)* en los contratos de suministro, responde además de la inexistencia de vicios o defectos en los bienes suministrados, durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

Si el importe de la garantía definitiva no es suficiente para cubrir todas las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio sobre el patrimonio del deudor (art. 89.2 de la LCSP).

En caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del adjudicatario, la Administración tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Esa indemnización se hará efectiva, en primer lugar, sobre la garantía definitiva. Si pese a la ejecución de la garantía no se alcanzara el resarcimiento integral de los daños y perjuicios causados, la Administración detraerá las cantidades que procedan en la liquidación final del contrato. Si a pesar de ello tampoco se alcanzara el resarcimiento integral, se ejercerá la vía de apremio sobre el patrimonio del deudor.

32.2. ¿Se puede ejecutar la garantía si el adjudicatario del contrato no paga las correspondientes cuotas a la Seguridad Social?

La garantía sólo cubre las responsabilidades que deriven del contrato, y puesto que el impago de las cuotas a la Seguridad Social es una cuestión ajena a la relación contractual,

no justifica que se ejecute la garantía (Informe de la JCCA 36/99, de 12 de noviembre de 1999).

32.3. ¿Puede incautarse la garantía definitiva para sufragar otras obligaciones económicas del contratista?

No. La incautación sólo procede por las causas tasadas expresamente tipificadas por la Ley. En ese sentido, por ejemplo, la garantía definitiva no se puede incautar para atender al pago de los salarios que la empresa adjudicataria adeuda a sus trabajadores, ni tampoco para pagar las deudas que el adjudicatario tenga con sus proveedores (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998).

32.4. ¿Existe alguna excepción a la obligación general de constituir la garantía definitiva?

En razón de particulares circunstancias que no están expresamente tipificadas en la Ley, y que se aprecien discrecionalmente por la Administración, el órgano de contratación puede eximir al adjudicatario de la obligación de constituir la garantía definitiva. En ese caso, el órgano de contratación debe justificar en el pliego el fundamento de la exención.

Un caso típico de exoneración es el de los contratos de suministro de bienes consumibles, en los que la entrega y recepción de los bienes deba efectuarse antes del pago del precio del contrato. Esta excepción, ahora expresamente prevista en la LCSP (artículo 83.1, segundo párrafo, de la LCSP), ya venía siendo aplicada en la práctica siguiendo el criterio de la JCCA (Informe JCCA 12/02, de 13 de junio de 2002). Otra excepción es la relativa a los contratos menores, en los que también se admite que no es precisa la constitución de la garantía definitiva (Informe JCCA 12/02, de 13 de junio de 2002)⁷⁹.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la LCSP no permite esa exoneración de la garantía definitiva en los contratos de obras o de concesión de obras públicas, pues en esos casos su constitución siempre es obligatoria.

32.5. ¿Cuál es el importe de la garantía definitiva?; ¿y el de la garantía complementaria?

Por regla general, y conforme a lo establecido en el artículo 83.1 de la LCSP, el importe de la garantía definitiva es del 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, excluido el IVA (mientras que la garantía provisional se calcula a partir del presupuesto de licitación, la garantía definitiva se fija en función del precio de adjudicación). Ahora bien, cuando la cuantía

79 Informe de la JCCA 12/2002, de 13 de junio: *“Por otra parte, la finalidad simplificadora de la admisión generalizada de la categoría de los contratos menores y, su potenciación, destacada como uno de los objetivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en los aps. 1.5) y 2.6) de su Exposición de Motivos constituye un argumento para rechazar, como señalan los citados informes de esta Junta Consultiva, la exigencia de otros requisitos «no establecidos en su regulación específica para los contratos menores» alusión a otros requisitos entre los que debe figurar la constitución de garantías definitivas”.*

del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía definitiva se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación.

Excepcionalmente, el pliego de cláusulas administrativas puede elevar el importe de la garantía definitiva hasta el 10 por ciento del precio del contrato. Así sucederá en los casos especiales en los que se exija una garantía complementaria, que puede ser de hasta el 5 por ciento del importe de la adjudicación del contrato (art. 83.2 de la LCSP). A diferencia de lo que ocurría en el TRLCAP/2000, la LCSP no especifica en qué casos o circunstancias procede exigir una garantía complementaria, por lo que podrán fijarse discrecionalmente, aunque de forma motivada, por el órgano de contratación.

32.6. ¿Es la garantía definitiva el límite máximo de la responsabilidad contractual del adjudicatario?

No. La incautación de la garantía definitiva cumple una función mixta, pues en alguna medida tiene un carácter punitivo, y además opera como una indemnización a tanto alzado de los daños y perjuicios difíciles de precisar o de acreditar. Aunque no exista una lesión concreta, la garantía responde como una indemnización mínima fijada a tanto alzado.

Pero si además la Administración comprueba la existencia de concretos daños o perjuicios que no esté jurídicamente obligada a soportar, está legitimada para exigir su resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, y de 11 de julio de 1998). En ese caso, debe acreditarse la efectividad de la lesión, y cuantificarse el resarcimiento en atención a los daños y perjuicios que sean antijurídicos y la Administración no está obligada a soportar.

32.7. ¿Procede incautar siempre la totalidad de la garantía definitiva cuando se produzca la resolución del contrato por culpa imputable al adjudicatario?

El alcance de la incautación debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o la concurrencia de culpas entre el adjudicatario y la Administración. Por tanto, no hay una respuesta general aplicable siempre y para cualquier caso, sino que es preciso analizar las particulares circunstancias que concurren en cada caso.

Cuando las consecuencias lesivas para la Administración son de escasa relevancia, es abusiva y desproporcionada la incautación de la totalidad de la garantía definitiva (Dictamen del Consejo de Estado de 14 de octubre de 1993, número 1128/93).

También es abusiva la incautación de la totalidad de la garantía definitiva cuando el incumplimiento del contrato es parcialmente imputable a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, 19 de mayo de 1998, 10 de julio de 1990).

32.8. ¿Se puede reducir la garantía definitiva a medida que se va cumpliendo el contrato?

El importe de la garantía se debe reajustar sólo cuando varíe el precio del contrato como consecuencia de la modificación del contrato, pero no según se ejecute o cumpla el contrato.

La LCSP no establece la posibilidad de reducir gradual y proporcionalmente el importe de la garantía definitiva a medida que se va cumpliendo el contrato. La JCCA se ha pronunciado en contra de esa fórmula (Informe JCCA 49/03, de 12 de marzo de 2004).

32.9. ¿Cuándo se constituye la garantía definitiva?

Conforme a lo establecido en los artículos 87 y 135.4 de la LCSP, la garantía definitiva debe constituirse en el plazo de 15 días hábiles desde que se haga pública la adjudicación provisional del contrato (ello no obstante, las Comunidades Autónomas pueden ampliar ese plazo para fijar uno mayor, sin exceder el plazo de 1 mes).

Si vencido ese plazo no se hubiera constituido la garantía definitiva, la Administración declarará decaída la adjudicación provisional. En ese caso, se realizará una nueva adjudicación provisional al siguiente licitador en el orden de valoración de las ofertas, siempre que lo hubiera, y el licitador preste su conformidad a esa segunda adjudicación provisional. En esta segunda adjudicación provisional el plazo para constituir la garantía definitiva se reduce a 10 días (art. 135.5 de la LCSP).

32.10. ¿Qué ocurre si pese a la constitución de la garantía definitiva, el adjudicatario no formaliza el contrato?; ¿se puede incautar la garantía definitiva?; ¿debe limitarse la incautación a la garantía provisional?

En esas circunstancias sólo debería incautarse la garantía provisional, pues es la que da cobertura al riesgo de que no se formalice el contrato. Ese riesgo no está cubierto por la garantía definitiva por lo que, aunque esté constituida no puede ser incautada, según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2002.

Ahora bien, no puede ignorarse aquí que en la práctica en ocasiones se procede a la incautación de la garantía definitiva. En esos casos la Administración destaca que aunque no se haya formalizado el contrato ya se ha perfeccionado, y que al haberse constituido ya la garantía definitiva la provisional se ha extinguido. Ahora bien, ello no significa que exista fundamento para incautar la totalidad de la garantía definitiva; lo procedente sería incautar parcialmente la garantía definitiva por un importe equivalente al de la garantía provisional.

32.11. ¿Cuándo procede la reposición o el reajuste del importe de la garantía?

La reposición o reajuste de la garantía debe realizarse en las siguientes circunstancias (artículo 87.2 y 3 de la LCSP): *i)* cuando se hagan efectivas con cargo a ella penalidades o indemnizaciones; *ii)* cuando, como consecuencia de su modificación, el contrato varíe su precio.

A esos efectos, la simple “revisión” del precio del contrato no comporta la necesidad de reponer o reajustar el importe de la garantía. Cabe entender que tampoco procede la reposición o reajuste de la garantía cuando, sin modificarse el contrato, se produce una “variación” del precio por la eficacia y diligencia del adjudicatario en la ejecución y cumplimiento del contrato.

32.12. ¿En cuánto tiempo debe materializarse la reposición o reajuste?

La reposición o reajuste de la garantía debe materializarse dentro del plazo de 15 días contados, bien desde la ejecución de la penalidad o indemnización, bien desde la notificación al adjudicatario del acto administrativo de modificación del contrato (arts. 87.2 y .3 de la LCSP). El incumplimiento de ese plazo es causa de resolución del contrato.

32.13. ¿Cuándo debe la Administración devolver o cancelar la garantía definitiva?

La garantía se devuelve o cancela cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias (artículo 90 de la LCSP): *i*) el cumplimiento satisfactorio del contrato unido al transcurso del plazo de garantía; y *ii*) la resolución del contrato sin culpa del contratista.

En caso de cumplimiento satisfactorio, una vez liquidado el contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultan responsabilidades, se devuelve la garantía constituida o se cancela el aval o el seguro de caución.

Si concurren esas circunstancias, el acto administrativo de devolución debe dictarse y notificarse a los interesados en el plazo de 2 meses desde la finalización del plazo de garantía.

32.14. ¿Que ocurre si la Administración no devuelve o cancela la garantía por causas que no son imputables al contratista?

Si transcurrido el plazo referido la Administración todavía no hubiera devuelto o cancelado la garantía por causas a ella imputables, se devenga el interés legal del dinero en favor del garante. Adviértase que la LCSP aplica en este caso el interés legal del dinero, y no los intereses moratorios de la Ley 3/2004.

Tampoco precisa la LCSP si se puede reclamar a la Administración el coste del recobro de la garantía definitiva. Pese a ese silencio, cabe en principio entender que la Administración deberá resarcirle al contratista por ese concepto, siempre y cuando concurren los requisitos que para la indemnización de daños y perjuicios establecen los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (así lo declaran las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1992, y de 26 de noviembre de 1988). En particular, se considera que el contratista tiene derecho a ser indemnizado por el coste financiero causado por la indebida prolongación del aval o del seguro de caución (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2000).

32.15. ¿Qué pasa con las garantías del contratista si la Administración no procede a la recepción formal de las prestaciones y la liquidación del contrato?

Si transcurre 1 año desde la terminación del contrato, y por causas que no sean imputables al contratista la Administración no procede a la recepción formal de las prestaciones y la liquidación del contrato, debe procederse *“sin más demora”* a la devolución o cancelación de las garantías, una vez depuradas las eventuales responsabilidades del contratista (como las penalidades o la indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido la Administración con motivo de la ejecución del contrato).

Una novedad introducida por la LCSP, es que ese plazo se reduce a 6 meses cuando el importe del contrato de obras sea inferior a 1 millón de euros, o se trate de otro tipo de contrato y su importe sea inferior a 100.000 euros (art. 90.5 de la LCSP).

32.16. ¿Qué ocurre si la Administración sólo realiza la recepción parcial de las prestaciones del contrato?

Se debe aplicar el principio de proporcionalidad. En caso de recepción parcial, el contratista sólo puede solicitar la devolución o la cancelación de la parte proporcional de la garantía definitiva. Ahora bien, para ello es necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente esa posibilidad de devolución o cancelación parcial.

32.17. ¿Qué sucede con las garantías cuando el adjudicatario cede el contrato a un tercero?

Si con la autorización de la Administración el adjudicatario del contrato lo cede a un tercero que se subroga en su posición contractual, no se procede a la devolución o cancelación de la garantía definitiva prestada por el cedente hasta que se constituya la del cesionario (artículo 90.4 de la LCSP).

33.1. ¿Qué es la garantía global?

Regulada en el artículo 86 de la LCSP, la garantía global es una alternativa a la prestación de una garantía singular o individualizada para cada contrato. La garantía global sirve para garantizar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los contratos que se celebren por un empresario u operador económico con la misma Administración Pública, o los diferentes contratos que se celebren con un mismo órgano de contratación.

33.2. ¿Cuándo se aplica la garantía global?

La garantía global se puede aplicar tanto a la garantía provisional como a la garantía definitiva.

Para afectar a un específico contrato la garantía global, el interesado debe solicitar al establecimiento financiero o a la caja de depósitos estatal, autonómica o local en la que se hubiera constituido la garantía, que expida una certificación acreditativa de su existencia y suficiencia. La certificación debe expedirse dentro del plazo máximo de 3 días hábiles desde la solicitud (art. 86.4 de la LCSP).

Al expedirse la certificación, del importe total de la garantía global se inmoviliza el importe que corresponda al contrato específico, que se liberará cuando en relación a ese contrato quede cancelada la garantía.

33.3. ¿Cuál es la cobertura de la garantía global?

La garantía global responde, genérica y permanentemente, del cumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones derivadas por los contratos cubiertos por ella hasta el 5 por ciento (o el porcentaje mayor que proceda), del precio de adjudicación o del presupuesto de licitación (art. 86.3 de la LCSP). Sin perjuicio de ello, la indemnización de los daños y perjuicios

que se hubieran ocasionado a la Administración por cada contrato se puede hacer efectiva sobre el resto de la garantía global.

33.4. ¿Puede la Administración imponer a los licitadores o adjudicatarios la obligación de constituir una garantía global?

No. La garantía global es una alternativa por la que facultativamente puede optar el licitador o adjudicatario, pero no puede ser impuesta por la Administración con carácter forzoso (art. 86.1 de la LCSP).

33.5. ¿Es frecuente en la práctica la constitución de una garantía global?

No, hasta ahora ha sido muy poco frecuente la constitución de una garantía global.

34.1. ¿Cuál es la principal problemática que respecto al precio del contrato plantea la actual práctica administrativa?

El reto que se plantea, en el contexto del principio de igual concurrencia que impone la normativa de la Unión Europea, es ajustar el precio de los contratos a los valores reales del mercado económico. Ahora, con la nueva Ley, se va a exigir un mayor esfuerzo de la Administración en la exacta definición de las prestaciones que son objeto del contrato, pues la LCSP dificulta las modificaciones y limita las prórrogas.

Hay una notable divergencia entre la aspiración legal de que el contrato tenga un precio cierto y la práctica administrativa de los modificados del contrato (en particular, los de obra), que en el contexto del TRLCAP/2000 son muy frecuentes y habituales, produciendo como consecuencia el incumplimiento o la defraudación de los principios de publicidad y concurrencia en la selección de los contratistas⁸⁰.

Con mucha frecuencia esas modificaciones tienen su origen en la defectuosa o precipitada elaboración de los proyectos de obra. El proyecto se elabora con prisas, partiendo de hipótesis sobre las condiciones de los terrenos formuladas sobre catas aisladas y estudios geológicos parciales. En esas circunstancias, la ejecución del proyecto en sus propios términos puede ser inviable, y no habrá más remedio que modificar el proyecto cuando ya se haya adjudicado el contrato y se haya fijado su precio. Esa práctica administrativa desatiende la sugerencia contenida en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963: gestación pausada del contrato, ejecución rápida de las presta-

80 Dictamen del Consejo de Estado de 1 de abril de 1993 (número 79/1993): *“El sometimiento a cauces estrictos del «ius variandi» de la Administración tiene su razón de ser en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. La adjudicación al contratista originario de la ejecución de proyectos modificados comporta una excepción a la exigencia de concurrencia pública, y como tal debe ser interpretada”*.

ciones⁸¹. A ese respecto, cabe destacar lo establecido en la Ley 3/2007 (de las obras públicas en Cataluña, que se describe en el apartado 39 de esta Guía Práctica o estudio introductorio). Esa norma dificulta la modificación de los proyectos una vez aprobados, y refuerza los controles en la elaboración de los proyectos técnicos, no sólo mediante técnicas de supervisión previa y supervisión continua, sino exigiendo además una auditoría técnica (en particular, en el caso de obras de túneles).

La LCSP aspira cambiar esa práctica administrativa e introducir un cierto margen de realismo económico y de elasticidad en el precio del contrato. Junto al criterio del precio cierto, la Ley introduce algunas novedades dignas de ser destacadas, como por ejemplo: *i)* la variación del precio cuando el contratista cumple sus obligaciones con una diligencia por encima de lo exigible; *ii)* la posibilidad de los precios provisionales; y *iii)* frente a la regla tradicional poco favorable a la revisión de los precios del contrato, la LCSP se decanta a favor de la revisión de precios como regla general.

Por otro lado, y en cuanto al precio cierto, la LCSP ordena a los órganos administrativos de contratación que cuiden *“que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (...) y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”* (artículo 75.1 LCSP).

Sin perjuicio de ello, el propio legislador es consciente de la extraordinaria dificultad de concretar de antemano cuál será el precio definitivo de las prestaciones que son objeto del contrato. Buena prueba de ello es la disposición final segunda de la LCSP, que modifica parcialmente la Ley General Presupuestaria, para introducir una regla especial aplicable a los contratos de obra de larga duración: *“En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 por ciento del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo”*.

Finalmente, hay que hacer una breve alusión a la Directiva 2004/18. Como ya se ha destacado, esa Directiva no regula el cumplimiento o ejecución de los contratos, y se centra en la preparación y adjudicación en régimen de igualdad competitiva. En todo caso, la Comisión Europea no es ajena a la incidencia de las modificaciones contractuales en la igualdad del procedimiento de selección. En ese contexto la LCSP intenta restringir las modificaciones y las prórrogas de los contratos.

81 Una de las instancias oficiales que más enfáticamente ha insistido sobre tal criterio, y su importancia para la recta satisfacción del interés general, es el Consejo de Estado. La Memoria elevada al Gobierno de la Nación por el Consejo de Estado en el año 1983 afirma que: *“No es aventurado afirmar que una gran parte de las anomalías percibidas y de los conflictos surgidos en la fase de ejecución de los contratos son directamente referibles a carencias, insuficiencias o imprevisiones del proyecto”* (página 94). O como dice la Memoria del año 1990 (página 154): *“debe extremarse el celo en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obra”*.

34.2. ¿Qué clases de precio del contrato establece la LCSP?

Por un lado, la LCSP distingue tres tipos: *i)* precio cierto en euros (artículo 75.1); *ii)* precio provisional (artículo 75.5); y, *iii)* precio cierto en moneda distinta al euro (artículo 75.6).

Por otro lado, la LCSP establece que el precio del contrato se puede establecer (artículo 75.2): *i)* a tanto alzado para la totalidad de las prestaciones contratadas; *ii)* a tanto alzado para una parte de las prestaciones contratadas; ó, *iii)* por precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación, o a las diferentes unidades que se entreguen o ejecuten.

34.3. ¿Es lo mismo un precio cierto que un precio fijo?

Ni el TRLCAP/2000, ni la LCSP exigen que el precio del contrato sea fijo y cerrado, basta con que sea cierto, o se disponga el modo para determinarlo (artículo 26.1.f) LCSP). No es lo mismo la certeza que el carácter cerrado e inmutable del precio. Precio cierto no es precio fijo, y de ahí que la revisión del precio no implique una quiebra de la certeza del precio, siempre y cuando la revisión se realice en los términos previstos en la Ley, y detallados en el contrato. Lo que reclama la certeza es la previsibilidad sobre la forma o los criterios de determinación del precio, o los aplicables a su revisión⁸².

En el ámbito administrativo, el precio fijo es muy poco frecuente en los contratos de obras o de gestión de servicios públicos, y se aplica en los contratos menores o algunos de suministros. Ahora bien, como ya se ha expuesto con mayor detalle en el apartado 11 de esta Guía Práctica o estudio introductorio (al que ahora nos remitimos), la LCSP introduce novedades respecto a las obras contratadas a tanto alzado y con precio cerrado. En relación al contrato de obras, la LCSP establece la posibilidad de pactar un precio cerrado, con el efecto de que el precio ofertado por el adjudicatario se mantenga invariable, no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación. Sin embargo, aunque el precio sea cerrado, el contratista sí que tendrá derecho a que se le indemnice por las modificaciones del contrato que se introduzcan para atender nuevas necesidades, o incorporar nuevas funcionalidades a la obra (artículo 216.2 LCSP).

34.4. ¿Tienen todos los contratos administrativos un precio?; ¿hay contratos en los que la Administración no tiene que abonar una cantidad de dinero?

Uno de los elementos esenciales de todo contrato es el precio cierto o la forma para determinarlo (artículo 26.1.f) LCSP), por lo que no puede haber contratos gratuitos o sin precio.

82 Dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993 (número 1409/1992): *“Los contratos han de tener un precio cierto. Precio cierto no es precio fijo. El precio es susceptible de alteración (de ahí que no pueda decirse en términos absolutos que se quebrante la regla del precio cierto cuando el precio originario se revisa) pero esta alteración tiene sus propias reglas, cuales son que el contrato incluya cláusula de revisión o, sin ella, proceda la revisión de precios, como figura inserta en el campo de las técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato”.*

Ahora bien, hay contratos en los que la Administración no está obligada a abonar un precio en dinero al adjudicatario. Así sucede en los contratos privados de permuta, o en ciertos casos en los contratos administrativos de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos.

34.5. ¿Cómo se determina el precio?; ¿cómo se calcula el valor de las prestaciones del contrato?

El precio del contrato debe ser al mismo tiempo: *i)* ajustado al mercado; y, *ii)* justo para garantizar el equilibrio de las recíprocas prestaciones (sin enriquecimiento abusivo, ni empobrecimiento sin causa).

En líneas generales, se trata de encontrar un precio orientado a sufragar el coste de la prestación, y algún margen de beneficio empresarial para el contratista. Un precio de adjudicación en el que no hay ese beneficio, no es justo ni de mercado, por lo que cabe presumir que es anormalmente bajo.

Una de las novedades de la LCSP es la fijación de criterios para calcular el valor estimado de los contratos (artículo 76). La estimación debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y debe establecerse en relación al momento del envío del anuncio de licitación, o si no se requiere tal anuncio, al momento en que se inicia el procedimiento de adjudicación del contrato. Además de ese criterio general, la LCSP establece criterios particulares para contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro, o de servicios.

34.6. ¿Se permite el aplazamiento del precio de los contratos del sector público?

La regla general es que está prohibido el aplazamiento del precio de los contratos (artículo 75.7 de la LCSP). Esa prohibición está vinculada al principio de legalidad presupuestaria, y a la exigencia de que antes de contratar debe comprobarse la existencia de consignación presupuestaria adecuada y suficiente para atender puntualmente al pago del precio del contrato.

Las excepciones a esa regla general son las siguientes: *i)* cuando el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero, o de arrendamiento con opción de compra; o, *ii)* cuando una Ley lo autorice expresamente.

Otro ejemplo concreto, en el ámbito autonómico de la Comunidad Valenciana, de Ley que autoriza expresamente el aplazamiento del pago, es el de la Ley 14/1997, de 26 de diciembre, que permite el aplazamiento del pago de los contratos derivados del Plan de Infraestructuras Judiciales. En ese caso concreto, se permite el aplazamiento siempre que no supere en 10 años el plazo de ejecución de la obra o proyecto de que se trate.

34.7. ¿Qué diferencia hay entre la “variación” del precio y la “revisión” del precio del contrato?; ¿cuándo se aplica la actualización del precio?

La “revisión” del precio tiene lugar por circunstancias externas y ajenas a las partes del contrato (como la evolución general de la economía, el incremento del precio de las materias primas o de la energía).

La “*variación*” del precio se produce por causas internas al cumplimiento o ejecución del contrato. El fundamento de la variación del precio del contrato es el cumplimiento de las obligaciones con una diligencia por encima de lo normalmente exigible. Como ya se ha anticipado, esa posibilidad de variar el precio del contrato es una de las novedades de la LCSP. Cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, el pliego puede incluir cláusulas de variación del precio en función del esmerado y diligente cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento. A tal efecto, el pliego debe precisar los supuestos en que se producirán las variaciones, y las reglas para su determinación.

Puede resultar procedente la “*actualización*” del precio cuando en el proceso de selección y adjudicación del contrato se incumple el calendario de plazos legalmente establecido. Es un supuesto de responsabilidad precontractual, y se trata de indemnizar al adjudicatario de los daños y perjuicios sufridos por la variación de las circunstancias en el intervalo de tiempo entre la presentación de la oferta y el momento de adjudicación del contrato.

34.8. ¿En qué casos procede y en qué casos en que no procede la revisión de precios?

Con el TRLCAP/2000 sólo había derecho a la revisión de precios si el contrato incluye expresamente esa posibilidad.

Ahora, con la LCSP, la regla general es el derecho a la revisión de precios, salvo que el contrato lo haya excluido expresamente (artículo 77.1 de la LCSP). Ello no obstante, la aplicación práctica de la revisión de precios sólo es posible si las cláusulas administrativas particulares o el contrato detallan la fórmula aplicable o el sistema de revisión. En caso de excluirse la revisión de precios, el acto de exclusión debe ser motivado.

Conforme a lo establecido en el artículo 77.2 de la LCSP, no hay revisión de precios en los siguientes casos: *i)* contratos en el que el pago se concierta mediante un arrendamiento financiero, o arrendamiento con opción de compra; ó, *ii)* contratos menores.

Adviértase que en la LCSP ya no se excluye al contrato de suministro en la revisión de precios, lo que implica una novedad, pues en el marco del TRLCAP/2000 no se admitía la revisión de precios en el contrato de suministro, salvo que hubiera de fabricarse el bien mueble⁸³.

83 Informe de la JCCA 1/95, de 22 de marzo de 1995: “*La primera cuestión que debe sentarse, conforme a la legislación vigente, es la de que en los contratos de suministro que no sean suministro fabricación no existe posibilidad de revisión de precios, ni necesidad de mencionar esta circunstancia en el pliego que, sólo, en su caso, habrá de contener la indicación de resultar aplicable dicha revisión en los supuestos de suministro fabricación, carácter que no concurre en los contratos para el suministro de prensa diaria y revistas. 3. La cuestión suscitada, en concreto, la del incremento del precio oficial de la prensa diaria y revistas puede ser resuelta sin necesidad de acudir a cláusulas de revisión de precios, dado que no existe ninguna dificultad para que esta posibilidad se tenga en cuenta en el momento de la adjudicación del contrato, previendo que las cantidades a satisfacer por la Administración se incrementarán en idéntica cantidad que el incremento del precio oficial de la prensa diaria y revistas, teniendo en cuenta que con ello no se contradice el principio del precio cierto que consagra el art. 12 de la Ley de Contratos del Estado, al tener que se interpretada dicha expresión con criterios sistemáticos con arreglo a las normas del Código Civil, en concreto, con el art. 3.1 que impone dicha interpretación sistemática (en relación con el contexto) y con los arts. 1445 y siguientes en los que se aclara qué es lo que se entiende por precio cierto en el contrato de compraventa, excluyendo que el señalamiento del precio se deje al arbitrio de uno de los contratantes*”.

34.9. ¿Los precios sólo se revisan al alza?

La revisión de precios es bidireccional, por lo que puede implicar tanto el incremento como la disminución del precio a que tiene derecho el contratista. En determinadas circunstancias el contratista tiene que soportar descuentos en las certificaciones o pagos parciales. La disminución de precios también se puede tener en cuenta en la liquidación final del contrato.

34.10. ¿Qué requisitos se exigen para que proceda la revisión de precios del contrato?

Conforme a lo establecido en los artículos 77 y siguientes de la LCSP, los requisitos legales para el nacimiento del derecho a la revisión de precios son los siguientes: *i)* la ejecución de por los menos el 20 por ciento del importe del contrato; y *ii)* el transcurso de por lo menos 1 año desde la adjudicación del contrato.

Por otro lado, las prestaciones del contrato que no son susceptibles de revisión, son las siguientes: *i)* las que se ejecutan durante el primer año desde la adjudicación del contrato; y, *ii)* las prestaciones que se corresponden con la primera quinta parte del contrato (art. 77.1 de la LCSP).

Ello no obstante, hay una excepción a esas reglas generales; en el caso específico del contrato gestión de servicios públicos, para revisar el precio basta con el transcurso del primer año, sin necesidad de ejecutar la quinta parte del importe del contrato (art. 77.1, segundo párrafo, de la LCSP).

34.11. ¿Qué sistemas de revisión de precios establece la LCSP?

Con carácter general, la LCSP centra la revisión de precios en los índices oficiales como el Índice de Precios al Consumo (la revisión del precio del contrato no puede superar el 85 por ciento de la variación experimentada por el IPC), según dispone el artículo 78.3 de la LCSP.

Ahora bien, la LCSP establece la posibilidad de aplicar fórmulas de revisión del precio dispuestas *“ad hoc”* para cada tipo de contrato, siempre que sean aprobadas por el Consejo de Ministros, previo informe de la JCCA del Estado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, por regla general, el índice o la fórmula de revisión aplicable a un contrato es invariable durante toda su vigencia.

34.12. ¿Qué factores deben ser tenidos en cuenta en la fórmula de revisión de precios?

La clave está en los materiales básicos y en la energía incorporada al proceso de generación de las prestaciones objeto del contrato.

La relación de materiales básicos que se incluyen en las fórmulas de revisión de precios se ha de fijar reglamentariamente por el Gobierno. Ello no obstante, cuando así lo exija la evolución de los procesos productivos, o cuando aparezcan nuevos materiales que tengan una participación relevante en el coste de determinados contratos, esa relación de materiales básicos puede ser revisada por Orden del Ministro de Economía y Hacienda, dictada previo informe de la JCCA (art. 79.5 de la LCSP).

A propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará índices mensuales de precios de materiales básicos y de energía. Esos índices mensuales deben ser publicados en el BOE. Esos índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y de los materiales básicos observadas en el mercado. Los índices pueden ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas (art. 79.4 de la LCSP).

34.13. ¿Cuáles son los factores que, por regla general, deben quedar al margen de la fórmula de revisión de precios?

Estamos ante una de las novedades más relevantes introducidas por la Ley. Al establecer los factores que deben ponderarse en la revisión, el artículo 79.1 de la LCSP establece que en la correspondiente fórmula polinómica no se pueden incluir los siguientes conceptos: *i)* el coste de la mano de obra; *ii)* los costes financieros; *iii)* los gastos generales o de estructura; y, *iv)* el beneficio industrial.

34.14. ¿En qué circunstancias excepcionales se incluyen algunos factores normalmente excluidos?

No obstante lo ya expuesto, en circunstancias excepcionales, para la revisión de precios de los contratos se pueden tomar en consideración: *i)* los costes de mano de obra; ó, *ii)* los costes financieros (art. 79.2 de la LCSP).

Así ocurrirá cuando en un período determinado esos factores experimenten desviaciones al alza que puedan reputarse como impredecibles en el momento de la adjudicación del contrato. A esos efectos, se considera que concurren esas circunstancias excepcionales: *i)* cuando la evolución del deflactor del PIB oficialmente determinado por el Instituto Nacional de Estadística supere en 5 puntos porcentuales las previsiones macroeconómicas oficiales efectivas; ó, *ii)* cuando el tipo de interés de las Letras del Tesoro supere en 5 puntos porcentuales al último disponible en el momento de adjudicación del contrato.

A tal efecto, los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden incluir las referencias a las previsiones macroeconómicas y de tipo de interés existentes en el momento de la licitación.

En cualquier caso, es necesario que el Consejo de Ministros o el Gobierno autonómico aprecie la concurrencia de esas circunstancias excepcionales, y autorice que esos factores se tengan en cuenta para la revisión de precios.

En relación a esos factores, la revisión es transitoria y en ningún caso puede superar el 80 por ciento de la desviación efectivamente producida.

34.15. ¿Cuándo se abona al contratista el importe de la revisión de precios?

El importe de las revisiones se hace efectivo, mediante el abono o descuento correspondiente, en las certificaciones o pagos parciales (artículo 82 de la LCSP).

Excepcionalmente, se hace efectivo en la liquidación final del contrato, cuando no hayan podido incluirse en las certificaciones o pagos parciales.

34.16. ¿Qué formulas de revisión de precios se aplican al entrar en vigor la LCSP?

La entrada en vigor de la LCSP fuerza al Gobierno a aprobar nuevas fórmulas de revisión de precios.

Hasta que se aprueben las nuevas fórmulas de revisión, seguirán aplicándose las aprobadas por Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre; por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, por el que se complementa el anterior, y por el Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, para contratos de fabricación del Ministerio de Defensa.

En todo caso, transcurrido 1 año desde la entrada en vigor de la LCSP sin que se hayan aprobado las nuevas fórmulas de revisión de precios, la aplicación de las todavía vigentes se realizará excluyendo la mano de obra de la variación de precios.

35.1. ¿Cómo debe realizarse el pago del precio del contrato?

El contratista tiene derecho al pago del precio en los términos establecidos en la Ley y en el contrato. Conforme a lo establecido en el artículo 200.2 de la LCSP, el pago del precio puede hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago de cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

Por regla general, la efectiva y satisfactoria realización de las prestaciones que son objeto del contrato es premisa necesaria para tener derecho al pago y, según declara la jurisprudencia, pesa sobre el adjudicatario la carga de la prueba del cumplimiento de lo pactado⁸⁴.

En determinadas circunstancias el contratista tiene derecho a que se le anticipen ciertos pagos, pero en ese caso debe prestar garantía. Por ejemplo, el contratista tiene derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo (por ejemplo, el acopio de materiales en el contrato de obra), pero en ese caso el contratista debe asegurar esos pagos mediante la prestación de garantía (artículo 200.3 de la LCSP).

35.2. ¿Qué ocurre si el contrato es nulo por vicios procedimentales cometidos por la Administración en la preparación del expediente, o en la adjudicación del contrato?; ¿tiene el adjudicatario derecho al pago de las prestaciones que ha realizado?

En atención a las concretas circunstancias de hecho que concurren en cada caso, la anulación del acto de adjudicación de un contrato puede ser contraria a la equidad. Así sucede

84 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2004 (ponente Celsa Picó Lorenzo): *“La realización de la labor encomendada supone el hecho constitutivo de la pretensión ejercitada, carga que no puede recaer sobre el Ayuntamiento, ya que quien hizo el trabajo es el sujeto obligado a probar los hechos constitutivos de lo que reclama y no al revés”.*

cuando se adjudica el contrato sin previa y adecuada consignación presupuestaria y, por ello, se anula el acto de adjudicación. Hay que tener en cuenta que la nulidad radical del acto de adjudicación determina que el contrato no produzca ningún efecto jurídico (*“quod nullum est nullum effectum producit”*).

Si el acto es absolutamente ilegal e inválido porque el contrato se adjudicó verbalmente, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sería contrario a la equidad que el contrato no produjera ningún efecto válido en Derecho (pues en ese caso el Ayuntamiento quedaría liberado de pagar el precio de un contrato de obra del que resulta la ejecución de una infraestructura de interés público, como puede ser una piscina municipal, que es aprovechada por la Corporación Local y disfrutada por los vecinos). La equidad exige conservar algunos efectos válidos del contrato cuando la obra está correctamente ejecutada, es de utilidad pública y está dentro de las competencias de la Administración.

Desde la perspectiva del adjudicatario del contrato, se trata de evitar un resultado contrario a la equidad. La justicia conmutativa que debe caracterizar las contraprestaciones de la contratación administrativa impide que el ordenamiento jurídico admita un resultado inadecuado y desproporcionado que carece de justificación legitimadora e impide el enriquecimiento de la Administración Pública (resultado que se produce cuando la Administración recibe la obra y abre la piscina al uso público, pero no paga el precio porque el contrato es nulo de pleno Derecho y no produce ningún efecto).

Desde la perspectiva de la Administración, esta figura sirve para convalidar ilegalidades o vicios jurídicos cometidos en el procedimiento de selección del contratista y de adjudicación del contrato. Aunque el acto de adjudicación sea ilegal, la prohibición de enriquecimiento injusto permite exigir el cumplimiento de la obligación de pago que deriva del contrato nulo. Sería contrario a la justicia conmutativa y a la equivalencia de las recíprocas prestaciones que se pudiera orillar la obligación de pago cuando deriva de un contrato nulo. En ese caso, la prohibición de enriquecimiento sin causa cumple una función interpretativa de las normas reguladoras de los efectos derivados del incumplimiento de los trámites formales y demás exigencias de la contratación administrativa.

Un caso que se produce con frecuencia en la práctica es que la Administración ordene al adjudicatario la ejecución de unas obras complementarias, y dicte esa orden sin modificar ni el proyecto de obra ni el contrato. Pues bien, si el adjudicatario cumple esa orden y las obras son de utilidad para la Administración, el contratista tendrá derecho a que se le abonen para evitar el enriquecimiento sin causa de la Administración⁸⁵.

Es decir, se produce una colisión entre las medidas orientadas a aportar seguridad jurídica (la regulación de los trámites del procedimiento de contratación administrativa, la exigencia

85 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1983 (ponente José María Sánchez-Andrade y Sal): *“si las obras se han realizado y si han contribuido a completar el proyecto y suplir sus deficiencias, presentando un acabado ajustado a los fines propuestos, por un principio de Derecho natural no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico, entre los beneficios obtenidos por una parte con la realización de tales obras, y las cargas sufridas por la otra con su ejecución, desequilibrio que al surgir de una realización contractual no puede corregirse a través de la técnica de la «negotiorum gestio» sino por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa.*
CDO.: *Que la jurisprudencia viene suavizando la aplicación de la inalterabilidad contractual proclamada en el art. 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, a través de una*

de previa consignación presupuestaria adecuada y suficiente, la elaboración de los pliegos, el establecimiento de los órganos competentes para adjudicar el contrato), y las exigencias de justicia material que impone la equidad. La seguridad exige el respeto de las exigencias formales dispuestas por la legalidad y la justicia exige conservar algunos efectos derivados de un contrato ilegal y contrario a Derecho.

La figura del enriquecimiento sin causa exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: *i)* el enriquecimiento económico de un sujeto; *ii)* el empobrecimiento de otro sujeto que ha actuado de buena fe; *iii)* la existencia de un vínculo o nexo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento (del que además resulta la correspondencia entre la magnitud de los dos resultados); *iv)* la ausencia de una causa jurídica que legitime el resultado de esa atribución patrimonial (es decir, el sujeto que se ha empobrecido no está jurídicamente obligado a soportar ese resultado injusto, y el sujeto que se ha enriquecido no tiene derecho a conservar ese beneficio).

Hay que destacar la exigencia de enriquecimiento de la Administración, pues no basta con que el particular sufra un perjuicio o empobrecimiento, sino que es indispensable que la Administración obtenga una ganancia o ventaja. No hay tal enriquecimiento si la obra ejecutada al amparo de un contrato nulo es defectuosa, el edificio debe ser declarado de ruina y procederse a su demolición. Debe existir una utilidad real y además referida a las competencias de la Administración Pública y a los intereses públicos cuya satisfacción tiene encomendados. Por lo demás, la ventaja o aprovechamiento debe ser aceptado por la Administración (pues no hay enriquecimiento sin lo rechaza o no lo acepta).

La otra cara de la moneda es el correlativo empobrecimiento de quien se relaciona con la Administración Pública. Desde esta perspectiva, es fundamental la buena fe de quien sufre el empobrecimiento, pues en rigor no sería injusto y contrario a la equidad que soportara el efecto perjudicial cuando procedió de mala fe y era plenamente consciente de la irregularidad administrativa de la que deriva la atribución patrimonial.

Especial atención merece el último requisito, pues el enriquecimiento injusto no puede equipararse al obtenido de forma fraudulenta o torticera. Lo que importa es el resultado injusto, no que la causa de la atribución sea legal o ilegal, que se haya procedido con buena o mala fe. No importan las causas de la atribución patrimonial, sino el resultado inicuo y contrario a la equidad.

interpretación flexibilizadora de los arts. 53 y 54 del precitado Reglamento, declarando la sentencia de este Alto Tribunal de 21 noviembre 1981, con cita de la de 15 marzo 1978, que «la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quiénes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad», doctrina jurisprudencial que reitera la mantenida por la S. de 12 febrero 1979, que la de 21 noviembre 1981 aplica, en el supuesto en que las modificaciones en la prestación del contrato tuvieron lugar, al igual que en el presente caso ocurre como consecuencia de orden dada por el Arquitecto Director de la obra».

35.3. ¿Qué plazo tiene la Administración para proceder al pago del precio del contrato?

La Administración debe efectuar el pago del precio en el plazo de 60 días, contados desde la expedición del documento o certificación que acredite la realización total o parcial del contrato (artículo 200.4 LCSP). En el caso particular de Navarra el plazo se reduce a los 30 días, salvo para el contrato de obras⁸⁶.

Ese plazo se refiere a días naturales y no hábiles. Mientras que por regla general los plazos en los procedimientos administrativos se cuentan por días hábiles, en materia de contratación hay una regla especial que determina que los plazos en los que la LCSP no establezca otra cosa, se entiende que se computan por días naturales (disposición adicional decimoquinta LCSP).

35.4. ¿Es indispensable para el cobro del precio que la Administración expida un documento aceptando el bien suministrado o dando la conformidad a la prestación que es objeto del contrato?; ¿qué ocurre si la Administración no expide ese documento?

A pesar de la extraordinaria relevancia práctica de esta cuestión, hay que reconocer que la normativa no es del todo clara, y está abierta a dudas interpretativas. La regla general es la exigencia de un acto formal en el que la Administración manifieste la conformidad y aceptación de las prestaciones realizadas. Sin perjuicio de ello, parece razonable afirmar que, salvo que los pliegos establezcan un plazo más amplio, la Administración tiene 1 mes para valorar si se ha cumplido correctamente el contrato, y proceder a la aceptación o rechazo de la prestación. La aceptación y conformidad con las prestaciones se infiere del silencio de la Administración una vez transcurrido 1 mes desde la recepción de la prestación, pues de lo contrario quedaría en manos de la Administración retrasar la fecha a partir de la cual debe realizarse el pago del precio del contrato y se inicia el devengo de intereses⁸⁷.

86 Conforme a lo establecido en el artículo 114.1 de la Ley Foral 6/2006: *“La Administración tendrá la obligación de abonar el precio del contrato en el plazo de treinta días naturales desde la recepción en el registro del órgano de contratación competente de la correspondiente factura o documento equivalente. En el caso de los contratos de obras el plazo de abono será de sesenta días naturales contados desde la expedición de las certificaciones de obras”*.

87 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de noviembre de 2003 (ponente José Luis Manglano Sada): *“La interpretación que hace la Sala es integradora, es decir, una vez se emite la factura y se ha entregado el suministro, la Administración cuenta con un mes para aceptarlo o rechazar el objeto suministrado de forma total y parcial, de rechazarlo, el objeto de debate será el cumplimiento o incumplimiento total o parcial del contrato por el suministrador, de no hacerlo se entiende que lo acepta (en el presente caso incluso pagó lo suministrado sin protesta alguna respecto del objeto suministrado y el plazo de dos meses comienza a contar desde la emisión de la factura siempre y cuando coincida con la fecha de entrega del objeto suministrado, tal como ocurre en este caso”*. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2000 (ponente Raquel Iranzo Prades): *“La falta de un pronunciamiento expreso en ese instante por el Ayuntamiento de Puertollano recibiendo las obras, no obsta para que se tenga por efectuada la recepción definitiva, porque ésta tiene lugar por el transcurso de los plazos establecidos en los arts. 55 de la Ley de Contratos*

A esa conclusión se puede llegar partiendo de lo establecido en el artículo 205.4 de la LCSP: *“Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 218, dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante. Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”*.

35.5. ¿Qué ocurre si transcurren los 60 días sin que la Administración haya procedido al pago del precio del contrato?

La Administración tiene el privilegio legal de poder retrasar el pago durante 60 días, sin que durante ese período de tiempo se devenguen intereses de demora (artículo 200.4 de la LCSP). Después de transcurridos esos 60 días, además del principal, la Administración tendrá que abonar al contratista: *i)* los intereses de demora; y, *ii)* la indemnización de los costes de cobro en que haya incurrido el contratista.

Para que se adeuden los intereses no es necesario denunciar la mora; basta el transcurso del plazo de 60 días.

Alguna Sentencia declara que si el acreedor no hace reserva de su derecho al pago de los intereses, el pago del principal produce su extinción, y por tanto ya no es posible reclamarlos posteriormente. Ahora bien, la jurisprudencia no es uniforme respecto a los efectos del pago del principal sin que el contratista haga expresa reserva del derecho a percibir los intereses, pues algún pronunciamiento jurisprudencial reconoce el derecho a los intereses aunque no se haya hecho tal reserva⁸⁸.

En cuanto a la indemnización de los costes de cobro en que haya incurrido el contratista, el importe de ese resarcimiento no puede exceder del 15 por ciento de la cuantía de la deuda,

del Estado y 173 del Reglamento de Contratación, aunque falte la expresa formalización de la misma, siguiéndose así la mecánica del cumplimiento en el contrato de obras, puesto que tal recepción definitiva, como recogen, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 7, 15 y 22 de noviembre de 1995, y 26 de enero y 30 de marzo de 1998, puede producirse de forma tácita, y se produce, en efecto, cuando, como aquí sucede, no hay constancia de defecto alguno en la realización de las obras, y menos de que, dentro del plazo de garantía abierto nuevamente tras la solicitud de H. SA de que las obras se recibieran definitivamente se observaran deficiencias y se comunicaran al contratista, lo que implica un acto tácito de recepción”.

88 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001 (ponente Manuel Goded Miranda): *“Por su parte la sentencia de 8 de febrero de 1992, refiriéndose a la reclamación de intereses de demora en la contratación administrativa, expone que hay que descartar en esta materia la aplicación del artículo 1110 del Código Civil (según el cual el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos) pues tiene preferencia el artículo 172 del Reglamento de Contratación, del cual resulta que la mora se produce «ex lege», cuando el pago del capital no tiene lugar dentro del plazo legalmente establecido. En consecuencia, el hecho de que la reclamación de los intereses de demora se produjese después de cobrado por el contratista el importe de la liquidación provisional no impide la constitución en mora de la Administración y la obligación de satisfacer los correspondientes intereses”*.

salvo que la deuda no supere los 30.000 euros, en cuyo caso el límite de la indemnización será el de la deuda. Cuando la reclamación se realice ante los Tribunales, no procede el pago de esa indemnización cuando el coste del cobro haya sido cubierto por la condena en costas al deudor.

Cabe considerar que la indemnización de los costes de cobro debe ser objeto de una interpretación amplia; en ese sentido, hay que estimar que se incluye el coste financiero que ha tenido que soportar el adjudicatario del contrato que tuvo que solicitar un crédito bancario para subvenir a los pagos que, de otra forma, no habría podido atender debido al impago por la Administración del precio del contrato. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, reconoce el derecho del adjudicatario del contrato no sólo a percibir el precio del contrato y los intereses de demora, sino también la compensación por los intereses bancarios del crédito que tuvo que suscribir por la demora de la Administración en el pago de lo debido.

35.6. ¿Puede la Administración exonerarse del pago del intereses?; ¿se puede incluir en el pliego una cláusula de exención?; ¿se puede pactar unos intereses de cuantía diferente?

Se trata de una obligación legal establecida por una norma imperativa, por lo que parece que en sede contractual la Administración no puede ni desplazarla y eliminarla, ni modularla o modificarla.

Ello no obstante, hay una jurisprudencia ya antigua que declaró que la obligación de abonar intereses puede ser excluida por el pliego, o que puede pactarse la aplicación de un tipo de interés distinto al legalmente establecido (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1986). En esa misma dirección se pronuncia el Informe de la JCCA de 25 de octubre de 1993. Más recientemente, el Informe JCCA 5/05, de 11 de marzo de 2005 afirma que *“no es posible incluir en los pliegos un tipo de interés de demora inferior al previsto en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley 3/2004, por cuanto para los contratos públicos está excluida la posibilidad de pacto”*.

35.7. ¿Qué ocurre si se reclaman a la Administración los intereses de demora y ésta no contesta?; ¿qué sentido tiene el silencio?; ¿positivo o negativo?

“Prima facie” pudiera pensarse que como se trata de una petición formulada por el interesado, se trata de un procedimiento tramitado a instancia de parte, y en consecuencia el silencio tiene sentido positivo, por lo que cabría entender estimada la solicitud o reclamación de intereses de demora. Desde esa perspectiva, se podría considerar que si la Administración no procede al pago voluntario de los intereses, la cuestión se limita ya a la ejecución forzosa de un acto firme, que previo apercibimiento a la Administración se puede instar directamente ante los Tribunales con fundamento en el artículo 29.2 de la LJCA. Ese es el criterio que había sido aplicado por una abundante jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia considera que el silencio es negativo, y por tanto hay que entender denegada la solicitud de los intereses (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007). Ese pronunciamiento novedoso parte de la distinción entre la reclamación del interesado de los intereses, y la incoación del procedimiento a instancia de parte. A juicio del Tribunal Supremo, aunque hay una solicitud del interesado el procedimiento se inicia de oficio, pues en sentido amplio la reclamación de intereses de demora se inserta en las actuaciones de ejecución y cumplimiento del contrato. Por tanto, al ser un procedimiento que se inicia de oficio por la Administración, el silencio es negativo. Según declara la Sentencia: *“La ejecución del contrato y de todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Y como se trata de expedientes iniciados de oficio la consecuencia del silencio para el administrado, según el artículo 43 LRJ-PAC se podrían considerar desestimadas sus solicitudes”*.

Hay que destacar que esa última orientación se incorpora expresamente a la disposición final octava de la LCSP, a cuyo tenor: *“En todo caso, los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”*.

35.8. ¿Cómo se calculan los intereses contractuales?

Los intereses contractuales se empiezan a devengar desde que transcurre el plazo de 60 días que tiene la Administración para proceder al pago, hasta el pago efectivo del precio, o hasta la notificación de la Sentencia que condene a la Administración al pago de una cantidad de dinero.

En cuanto al tipo de interés contractual aplicable, la LCSP se remite a la Ley 3/2004, por lo que a los contratos celebrados a partir del 9 de agosto de 2002, se aplica el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación (efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate), más 7 puntos porcentuales.

Si la Administración no procede al pago voluntario, y el contratista acreedor lo reclama judicialmente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.109 del Código Civil⁸⁹, hay que

89 Entre otras muchos pronunciamientos en el mismo sentido, reconocen la aplicación del artículo 1.109 del Código Civil en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004, 10 de julio de 2000, y de 15 de marzo de 1999. Durante un tiempo la jurisprudencia fue vacilante respecto a la determinación del “dies a quo” (¿fecha de la interposición del recurso?; ¿fecha de la formalización de la demanda?), pero hoy en día se admite que el plazo empieza a contarse desde la interposición del recurso, pues como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004: *“(…) pues de lo contrario, la circunstancia del momento inicial del devengo del interés legal, de los intereses vencidos quedaría de otro modo a merced de la fijación por parte de la Administración deudora, ya que la formalización de la demanda se haya supeditada a la remisión por aquélla del correspondiente expediente administrativo y se ha unificado el criterio de aplicación jurisprudencial, siendo el momento de interposición del recurso el determinante del abono de los intereses de demora, criterios jurisprudencial que por exigencias de unidad de doctrina debe seguirse en el presente caso”*.

añadir los intereses devengados desde la reclamación judicial de la cantidad adeudada mediante la presentación del escrito de interposición (es decir, antes de la formalización de la demanda)⁹⁰, hasta la notificación de la Sentencia. Se trata de los intereses devengados durante la tramitación del proceso judicial por los intereses contractuales ya vencidos (hay que tener en cuenta que no hay capitalización de los intereses). Se aplica el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, sólo procede la aplicación de ese precepto del Código Civil cuando se trate de una cantidad líquida⁹¹, por lo que con frecuencia no se producirá el llamado anatocismo hasta que se dicte la Sentencia

-
- 90 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001 (ponente Juan José González Rivas):
“Como señala la Sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 1999 la fecha inicial del devengo de los intereses legales de los intereses de demora vencidos es la de la interpelación judicial y es el acto procesal de interposición del recurso, que tiene la consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil, como han reconocido las Sentencias de esta Sección de 28 de mayo y 28 de junio de 1999, el momento inicial del cómputo, como ha reconocido la sentencia recurrida. Señala el fundamento jurídico segundo de la sentencia de este Tribunal de 28 de junio de 1999, al resolver el recurso de casación núm. 2413/1994, que en sentencia de 28 de mayo de 1999 la Sala ha rechazado un motivo idéntico al presente, por entender que el acto procesal de interposición del recurso contencioso-administrativo debe merecer la consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil, apartándose así del criterio que había venido manteniendo al aplicar dicho precepto a la contratación administrativa, exigiendo a partir de la demanda la obligación de abonar el interés legal por el impago de intereses vencidos, y ello teniendo en cuenta que la finalidad perseguida por dicho precepto no es sino el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, al que se obliga a seguir un proceso judicial que, en el orden contencioso-administrativo se inicia con el escrito de interposición del recurso, así como la circunstancia de que el momento inicial del devengo del interés legal de los intereses vencidos quedaría a merced de la Administración deudora, ya que la formalización de la demanda se halla supeditada a la remisión por aquélla del expediente administrativo; criterio jurisprudencial éste que, por exigencias del principio de unidad de doctrina, debe seguirse también en el presente caso”.
- 91 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000: *“Si la cantidad reclamada excluye la efectiva controversia sobre su cuantificación (...) al haberse fijado con claridad los parámetros de cuantificación y ser susceptibles de concreción por una simple operación aritmética, siguiendo lo preceptuado en el artículo 1.109 del Código Civil se fija la cuantía de la reclamación y el plazo de devengo computable (...) no se cumple el requisito de la liquidez cuando la liquidación no se produjo hasta que recayó la Sentencia de instancia que fijaba la cantidad debida por intereses de demora sobre la base de un parámetro que señalaba el día inicial para el cómputo de los intereses, lo que supone que la liquidez se ha producido como consecuencia de la Sentencia y sólo puede predicarse aquella calidad de liquidez de los intereses abonables por razón de anatocismo, sin que valga la argumentación que bastaba para calcularlos una simple operación aritmética, puesto que ésta requiere unas bases ciertas con las que operar y en el caso examinado, una de esas bases se fija y señala en la Sentencia, por lo que ha de entenderse vulnerado el artículo 1109 del Código Civil y, en consecuencia, ha de declararse haber lugar al recurso de casación”.*
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2001: *“Del juego de ambos preceptos se deriva, pues, que solo será de apreciar la no concurrencia de esa inexcusable liquidez cuando haya existido una efectiva contradicción sobre el importe de la deuda principal, y de manera tal que haya sido necesaria una verdadera tarea de enjuiciamiento, por parte del órgano jurisdiccional, para fijar el importe de la deuda susceptible de generar intereses. Por lo mismo, el proceso habrá de ser considerado como una mera dilación innecesaria, en relación a un determinado importe, cuando este haya sido objeto de común aceptación por quienes formalmente hayan sido las partes litigantes en dicho proceso y, por ello, la función jurisdiccional se haya limitado a ratificar ese importe comúnmente aceptado. Consiguientemente, el reconocimiento de intereses en este segundo caso, será una exigencia, tanto del principio de racionalidad, como de ese máximo restablecimiento que aconseja el artículo 24 CE en relación a situaciones jurídicas objeto de reconocimiento procesal”.*

de instancia que liquida la deuda principal y sus intereses⁹². Hay que tener en cuenta que la deuda de intereses se entiende liquidada cuando no hay controversia sobre el tipo aplicable, ni discrepancia en cuanto al cómputo del tiempo de la demora⁹³.

35.9. ¿Cómo se calculan los intereses procesales?

Además de los intereses moratorios derivados del impago de la deuda contractual, hay que tener en cuenta los intereses procesales devengados con ocasión del cumplimiento voluntario o ejecución forzosa de la Sentencia condenatoria. En ese caso, la reclamación puede responder a distintos intereses, que son los siguientes:

- i) Intereses devengados desde la notificación de la Sentencia hasta la efectiva ejecución de la resolución judicial. Se trata de los intereses devengados por el sumatorio del principal y los intereses declarados en la Sentencia. En este caso se aplica el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (artículo 106.2 de la LJCA).
- ii) Intereses devengados por la falta de colaboración administrativa en la ejecución de la Sentencia. Desde la fecha de notificación de la Sentencia, la Administración tiene un plazo de 3 meses para proceder al pago de la cantidad (en su caso, dentro de ese mismo plazo deberá ampliar el crédito presupuestario). Si no procede al pago voluntario dentro de ese plazo de 3 meses, y se pasa a la ejecución forzosa de la Sentencia, el Juzgado o Tribunal puede incrementar el interés legal del dinero en dos puntos (artículo 106.3 de la LJCA).

92 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000: “(...) se ha venido a declarar que tales intereses, aquellos a los que se refiere el artículo 1109 del Código Civil, de anatocismo, solo proceden y solo se devengan cuando la obligación que los genera consiste en el pago de una cantidad líquida, requisito que no se cumple cuando la liquidación no se produjo hasta que recayó la Sentencia de instancia que fijaba la cantidad debida por intereses de demora sobre la base de un parámetro que señalaba, en contra de lo pretendido, el día inicial para el cómputo de los intereses, lo que da lugar, por un lado, a entender que la plena liquidez de éstos se ha producido como consecuencia de dicha Sentencia y, por otro lado, a considerar que solo entonces puede predicarse aquella calidad de liquidez de los intereses abonables por razón de anatocismo, sin que valga la argumentación de que bastaba para calcularlos una simple operación aritmética, puesto que ésta, obviamente, requiere unas bases ciertas con las que operar, y en el supuesto de autos una de esas bases se fija y señala precisamente en la propia Sentencia, por lo que ha de entenderse vulnerado el artículo 1109 del Código Civil y dicha jurisprudencia por parte de la Sentencia recurrida, en cuanto a dicho particular, y en consecuencia ha de declararse haber lugar al recurso de casación”.

93 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998 (ponente Ricardo Enríquez Sancho): “(...) sosteniendo que, en caso de deberse aquella cantidad, al tratarse de una cantidad ilíquida sólo procedería condena al pago de los intereses derivados de ella desde que por este Tribunal se dictase sentencia. Sin embargo, esta Sala ha declarado (Sentencias de 23 enero 1995, 10 noviembre 1994 y 18 septiembre 1990, entre otras) que en la aplicación del artículo 1109 del Código Civil ha de partirse siempre de la existencia de una cantidad exigible, es decir, líquida y determinada, lo que no ocurre cuando no ha resultado precisado lo que se debe y su importe ha de determinarse previamente en el proceso por existir discrepancias entre las partes, y que producido al supuesto de intereses, para que éstos puedan reputarse líquidos, según resulta del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si no perfectamente determinados en su importe total, sí deben estarlo en dos factores a considerar para su determinación, o sea, el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que han de abonarse (...)”.

35.10. ¿Cuál es el régimen de transmisión de los derechos de cobro?

El contratista puede transmitir a terceros sus derechos de cobro (artículo 201 de la LCSP), lo cual es una aplicación concreta de la regla general de que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las Leyes (artículo 1112 del Código Civil). A esos efectos, es indiferente que los derechos de cobro deriven del cumplimiento de un contrato de obra y se documenten en una certificación, o de un contrato de suministro y estén documentados en una factura.

La transmisión de los derechos del cobro se realiza mediante un contrato de Derecho Privado, y las controversias que se puedan suscitar en esa relación contractual deberán resolverse por la Jurisdicción ordinaria⁹⁴.

En función de lo que acuerden las partes, el objeto del contrato puede ser: *i*) la transmisión de la titularidad del derecho de cobro; *ii*) la simple encomienda de la gestión del cobro; ó, *iii*) la prenda de los derechos de cobro para garantizar un préstamo o una línea de crédito.

En los dos últimos casos no hay transmisión plena del derecho de cobro, pues el contratista de la Administración seguirá siendo el titular cuando se pacte la simple gestión de cobro o la constitución de un derecho de prenda.

Para que la cesión de cobro sea efectiva frente a la Administración deudora, es requisito imprescindible la notificación fehaciente a la Administración del acuerdo de cesión. Las segundas y sucesivas cesiones no producirán efectos ante la Administración si no se hubiera realizado la notificación fehaciente de la primera. No es preciso que la cesión sea aceptada por la Administración; basta la notificación fehaciente.

Antes de que la Administración haya sido notificada fehacientemente de la cesión, surten efectos liberatorios los mandamientos de pago realizados a favor del contratista. Una vez la Administración tenga conocimiento fehaciente del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago debe ser librado a favor del cesionario. Por ello, si a pesar de tener conocimiento fehaciente de la cesión, la Administración sigue realizando los pagos al contratista en lugar de al cesionario, estaremos ante un caso de empobrecimiento sin causa. Aunque en rigor no debe confundirse la responsabilidad patrimonial de la Administración con el enriquecimiento sin causa⁹⁵, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha declarado el derecho de un Banco a

94 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003 (ponente José De Asís Garrote): *“el tema del litigio no versa sobre un contrato de obras públicas, sobre cuya materia como la propia sentencia recurrida reconoce, la competencia jurisdiccional contencioso administrativa no ofrece duda, sino se trata de una cesión de crédito, celebrada entre particulares, el contratista y el Banco, cesión legalmente autorizada por el Ayuntamiento deudor, por lo que, en consecuencia, se han de aplicar las normas del Cap. VII, del Tit. IV del Libro IV, “sobre transmisiones de créditos y demás derechos incorporales” del Código civil, por lo que la cuestión, es una de las que ha de calificarse de netamente privada, siendo en ella relevante la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad y por consiguiente se encuentra comprendido dentro de los supuestos a que se refiere el párrafo primero del núm. 2 del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asunto del que han de conocer los Tribunales y Jueces del orden civil”*.

95 En ocasiones se afirma que el enriquecimiento sin causa es un título de imputación que permite atribuir a la Administración el resultado lesivo, pero en rigor no es un título de imputación pues el enriquecimiento injusto y la responsabilidad patrimonial son instituciones jurídicas diferentes. No es lo mismo afirmar que nadie puede causar daños a otro (*“alterum non laedere”*), que decir que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. En un caso se traslada el valor de un daño

ser resarcido por un Ayuntamiento a título de responsabilidad patrimonial, porque después de tomar razón de la cesión de unas certificaciones de obra, siguió pagando a la contratista de obras en lugar de al Banco⁹⁶.

35.11. ¿Cómo se instrumenta la comunicación a la Administración de la cesión de los derechos de cobro?

Una vez el contratista o titular del derecho de cobro comunica de forma fehaciente a la Administración la cesión a un tercero, los correspondientes servicios contables de la Administración deben extender una diligencia para hacerlo constar en el documento justificativo del crédito, y además deben proceder a la “toma de razón” en un Registro administrativo habilitado al efecto. Conviene destacar que esa toma de razón es un acto debido, y la Administración no tiene discrecionalidad para practicarle o no. Ese acto no expresa una declaración de voluntad que implique la autorización o consentimiento administrativo sobre la cesión de los derechos de cobro, sino que es una simple declaración de conocimiento.

35.12. ¿Qué derechos de cobro pueden ser objeto de cesión?; ¿sólo los ya existentes o también los futuros?

Hasta ahora la posibilidad de ceder créditos futuros de la contratación pública ha sido una cuestión controvertida, pues el criterio de la JCCA ha sido contrario a la cesión de créditos futuros, aunque en la práctica se hacían ese tipo de transmisiones.

(responsabilidad patrimonial), en el otro se traslada el valor de un beneficio (prohibición de enriquecimiento sin causa). Las principales diferencias entre esas figuras jurídicas estriban en: i) la exigencia o no de relación de causalidad; ii) el alcance integral o no del resarcimiento.

Por un lado, mientras que la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado lesivo es requisito ineludible para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ese requisito no se exige para evitar un enriquecimiento injusto (en el que es indiferente la causa, pues lo jurídicamente relevante es el resultado injusto del empobrecimiento). La acción de responsabilidad se ejerce contra quien ha causado el daño antijurídico, y la acción de enriquecimiento sin causa se ejerce contra quien se ha enriquecido. Es posible que la actuación administrativa haya causado un daño merecedor de reparación a título de responsabilidad patrimonial, a pesar que de esa actuación no haya enriquecido a la Administración Pública.

Por otro lado, mientras que la responsabilidad patrimonial da lugar a un resarcimiento integral de todos los daños y perjuicios causados (persigue la indemnidad del lesionado), con la prohibición de enriquecimiento sin causa sólo se persigue la restitución del valor económico percibido sin causa que legitime esa atribución patrimonial (no busca la indemnidad del empobrecido). Si el enriquecimiento obtenido por la Administración es superior al daño ocasionado al contratista, la acción de resarcimiento contractual sólo permitirá que el adjudicatario recupere el valor del empobrecimiento sufrido.

96 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2005 (ponente Celsa Picó Lorenzo): “Por ello, ninguna duda ofrece la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de la administración efectuando la transferencia bancaria en beneficio de Construcciones (...), S.A., pese a haber tomado conocimiento de la cesión de crédito a favor de una entidad bancaria, y el perjuicio sufrido por el Banco cesionario, al no serle satisfecha dicha cantidad directamente. Todo ello con independencia de que se hubiere efectuado el ingreso en una de las oficinas de la entidad bancaria ya que ésta no era la destinataria directa del ingreso sino que aquél fue efectuado en la cuenta cuyo titular era Construcciones ... S.A.. Notificada la cesión a la administración esta sólo puede pagar al cesionario y si no lo hace, como aquí aconteció, incurre en la responsabilidad declarada por la Sala de instancia cuyo nexo causal resulta incontrovertido”.

Ya en su Informe 63/1996, de 18 de diciembre, la JCCA afirmó que *“el crédito puede ser cedido desde que existe, es decir, desde que se libra la certificación o documento que acredita la realización parcial del contrato”*. En esa misma línea general de principio, el Informe JCCA 11/05, de 11 de marzo de 2005 manifiesta lo siguiente: *“en cuanto a la posible cesión de créditos futuros han de reiterarse criterios anteriores y dar una solución negativa a pesar de la reforma del artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Ello no obstante, en la práctica ha venido siendo habitual celebrar contratos de cesión de créditos futuros, en especial tras la redacción dada al artículo 100 del TRLCAP/2000 por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (de medidas de reforma del sistema financiero). Este régimen, con algunas variaciones, es el que se recoge en el artículo 201 de la LCSP.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en relación al *“régimen de determinadas cesiones de crédito”*, la disposición final tercera de la LCSP modifica la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero (reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, que seguía en vigor incluso después de la Ley 25/2005, que contiene la vigente normativa de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras).

Pues bien, en su nueva redacción introducida por la LCSP, esa disposición permite que *“los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores”*.

Uno de los requisitos exigidos para admitir la validez en Derecho de esa cesión de créditos futuros es que el cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de titulización.

A la luz de esta modificación legal es posible que la citada doctrina de la JCCA pueda sufrir variaciones.

35.13. ¿Puede la Administración oponer al cesionario de las certificaciones de obra las excepciones que tiene frente al contratista?

En el pasado, la certificación de obra era un título-valor que se endosaba a un tercero (el derecho de crédito se incorpora al documento que facilita la circulación y el tráfico, toda vez que la entrega de la cosa física apareja la transmisión del derecho, que además tiene carácter abstracto y autónomo).

En la actualidad, el negocio jurídico no es la transmisión de un documento o título-valor, sino la simple cesión a un tercero del derecho de crédito⁹⁷, por lo que hay que estar a lo establecido en los artículos 1526 y siguientes del Código Civil.

Mientras que la atribución a la certificación de obra de la consideración de título-valor implica que estamos ante un crédito abstracto y autónomo (por lo que la Administración no puede hacer valer frente al tercero titular del valor las excepciones que puede oponer al acreedor

97 Dictamen del Consejo de Estado de 14 de marzo de 1996 (número 2930/1995): *“La certificación de obra, en el sistema del artículo 145 de Reglamento de Contratación, no es un título abstracto, no es una promesa de pago transmisible al margen del título causal (el contrato) que la autoriza. Ni una promesa de pago abstracta, ni tampoco es un título-valor”*.

por razón del incumplimiento, o cumplimiento defectuoso del contrato de obra)⁹⁸, la cesión de un derecho de crédito implica la subrogación del tercero en la misma posición acreedora del adjudicatario del contrato (por lo que la Administración puede oponer al tercero adquirente del crédito las mismas excepciones al pago que puede oponer al obligado a ejecutar la obra). Según la jurisprudencia, la cesión no puede agravar la posición de la Administración deudora, por lo que ésta puede oponer al cesionario las excepciones y medios de defensa que tenga contra el contratista que cede el derecho de crédito.

Ahora bien, algunos pronunciamientos jurisprudenciales han precisado que la oposición de esas excepciones sólo es admisible cuando se refieran a circunstancias contractuales que hubieran acaecido antes de la cesión a un tercero de la certificación de obra. Si el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato, o cualquier otra circunstancia que afecte a la relación obligatoria, se produce después de la cesión del derecho de crédito, la Administración no podría oponer esas excepciones al cesionario⁹⁹. En ese sentido, por ejemplo,

98 Un reflejo de la calificación de la certificación como un título-valor lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000 (ponente Fernando Martín González): *“los endosos de esas certificaciones al Banco son apoderamientos o comisiones de cobranza en favor de éste (sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1990, 16 de abril y 11 de mayo de 1999, reconociéndose en el art. 145 del Reglamento General de Contratación del Estado la posibilidad de que las certificaciones, que se expedirán a nombre del contratista, sean transmitidas conforme a Derecho, y disponiéndose en aquél que, una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, con indicación del nombre del cedente, así como que antes de que se ponga en conocimiento de los órganos competentes la cesión, surtirán efectos liberatorios los mandamientos de pago extendidos a nombre del contratista, lo que determina que frente a la Administración esté legitimado el cesionario o endosatario, en este caso el Banco, cuando, como aquí, la Administración ha tenido conocimiento de dicha cesión (Sentencias de esta Sala de 11 de abril de 1985, 22 de octubre de 1987 y 6 de septiembre de 1988, entre otras), porque, en definitiva, lo que se transfiere al endosatario es un sustrato jurídico inherente a la certificación endosada que constituye el título que incorpora un derecho de crédito y que vincula a la Administración, que no puede desconocer el derecho del crédito adquirido frente a ella, y que no puede oponer al cesionario las excepciones que tuviera contra el contratista derivadas de la resolución contractual, aquí abandono de obras y suspensión de pagos, tan ajenas al Banco, por otra parte, cuando resulta que la cesión cumplía con todas las condiciones legales establecidas al efecto, y cuando, además, ha de partirse de la presunción de legalidad de los actos administrativos, salvo que se hubiera desvirtuado mediante prueba en contrario”*.

99 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (ponente Juan José González Rivas): *“(…) sin perjuicio de que en orden a la oponibilidad de excepciones por parte de la Administración deudora frente a los cesionarios de las certificaciones, la jurisprudencia de esta Sala, como regla general, viene sosteniendo el carácter causal de dichas certificaciones y la oponibilidad de las excepciones que el deudor pudiera tener frente al contratista cedente, como ha recogido las anteriores sentencias de 14 de noviembre de 1989, 17 de julio de 1990 y 12 de noviembre de 1990.*

Esta regla general, no obstante, es matizada en otros pronunciamientos, como en las sentencias de 31 de octubre y 12 de mayo de 1992 y la posterior sentencia de 1 de octubre de 1999, puesto que en ellas se recoge la idea de que procederá la prosperabilidad de dichas reclamaciones cuando se trate de excepciones nacidas de hechos anteriores a la cesión, pero no cuando tales excepciones se deriven de determinadas conductas acaecidas con posterioridad a la cesión, salvedad que tendría su justificación a través de la aplicación supletoria que habría de realizarse para completar la escueta regulación del artículo 145 del Reglamento de Contratos del Estado, por las normas del Código Civil sobre transmisión de créditos, constituidas no sólo por las previsiones contenidas en el artículo 1596 y siguientes, sino también por el artículo 1198 del Código Civil”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 (ponente Nicolás Antonio Maurandi Guillén): *“En orden a la oponibilidad de excepciones, por parte de la Administración deudora frente a los cesionarios de las certificaciones de obra, la jurisprudencia de esta Sala, como regla general, ha venido*

la Administración no puede oponer al cesionario del derecho de cobro la excepción de que el contratista abandonó la obra al sufrir una situación concursal, toda vez que el abandono y la crisis financiera acaecieron después de que la Administración tomase razón de la cesión del derecho de cobro¹⁰⁰.

En cualquier caso, no está de más recordar que el de obras es un contrato de resultado y no de simple actividad, y de ahí que las certificaciones no son definitivas, sino pagos provisionales a buena cuenta¹⁰¹, por lo que en cierta medida el derecho del contratista queda condicionado por lo que resulte de las ulteriores liquidaciones y, en particular, cuando se realice la medición y consiguiente liquidación definitiva¹⁰². Además, después de expedir una certificación de obra, la Administración puede revisar su importe para adecuarlo a la obra efectivamente ejecutada, con la particularidad de que esa revisión puede realizarse sin necesidad de intervención de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁰³.

sosteniendo el carácter causal de esas certificaciones y la oponibilidad de las excepciones que el deudor pudiera tener frente al contratista cedente (SS 14 Nov. 1989, 17 Jul. 1990, y 12 Nov. 1992) con la salvedad de que así procederá cuando se trate de excepciones nacidas de hechos anteriores a la cesión, pero no cuando tales excepciones se deriven de determinadas conductas o hechos del contratista acaecidos con posterioridad a dicha cesión. Salvedad esta que tendría su justificación a través de la aplicación supletoria que habría de realizarse, para completar la escueta regulación del artículo 145 del RCE, de las normas CC sobre la transmisión de créditos, y constituidas no solo por los artículos 1526 y ss. de dicho Código sino también, y especialmente, por su artículo 1198”.

- 100 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000 (ponente Fernando Martín González).
- 101 Dictamen del Consejo de Estado de 28 de enero de 1998 (número 368/1998): *“Los contratos administrativos de obras se conciben como negocios «de resultado». Ello comporta la indivisibilidad jurídica de aquéllos y de las obras que tienen por objeto, de tal suerte que ni pueden ser cumplidos por el contratista de forma sucesiva y sí sólo total (mediante la realización y entrega de las obras en su integridad), ni la Administración queda obligada al pago, sino a partir de dicha entrega. Por lo tanto, el cumplimiento del contrato por el adjudicatario requiere la entrega de la obra de conformidad con lo pactado, para cuya comprobación sirven los actos de recepción provisional y definitiva, entre los cuales se inserta el plazo de garantía”.*
- 102 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (ponente Juan José González Rivas): *“En la cuestión examinada, se pretende llevar a cabo por la parte recurrente en casación la plena validez de la certificación núm. 5, endosada al Banco actor, siendo así que las certificaciones no son definitivas, sino que son imputadas al resultado que ofrezcan, por lo que el derecho al contratista sobre las mismas queda condicionado a las ulteriores liquidaciones que puedan practicarse como consecuencia de las vicisitudes que experimenten la dinámica del contrato, y en especial, a la medición final”.*
- 103 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2003 (ponente Juan José González Rivas): *“Así, la sentencia dictada por la Sala Tercera de este Tribunal de 18 de julio de 1990 reconoce el auténtico carácter que tienen las Certificaciones de obras de «anticipos o pagos a buena cuenta», con un marcado carácter de provisionalidad, que «por sí solo, ni vinculan a la Administración, ni suponen aprobación o resolución de la obra» (Sentencias del Tribunal supremo, de 4 de junio de 1964 y 10 de octubre de 1980 entre otras), estableciendo expresamente la primera de estas sentencias que «la expedición de certificaciones sucesivas de la obra, realizadas a efecto de su abono, dentro del cuadro de pagos a buena cuenta de la contrata, en modo alguno constituye un acto propio que vincula a la Administración a admitir por anticipado, y de modo definitivo, los valores representados por las entregas y las obras a que correspondan» y el contratista sólo tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, por lo que cuando se demuestra que la obra efectivamente realizada no coincide con la expresada en la certificación de obras, ni en la liquidación de las mismas, confeccionada por la dirección facultativa y el contratista, habrá que estarse a la que verdaderamente se hubiese producido (...) Finalmente, interesa subrayar que la sentencia de 26 de junio de 2000, dictada por la Sección Quinta de la Sala Tercera de este Tribunal al resolver el recurso de casación 173/1996, también en materia de contratación administrativa y en el particular punto de la posible acción de lesividad, considera que en un supuesto en el que se producen variaciones contractuales, no estamos en presencia de un acto administrativo declaratorio*

35.14. ¿Tiene el cedente legitimación para reclamar el pago de intereses?

Se trata de una cuestión en la que la jurisprudencia ha sostenido diferentes criterios. Cabe pensar que al transmitirse la deuda también se ceden los derechos accesorios como los intereses moratorios, conforme a lo establecido en el artículo 1528 del Código Civil. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1994, la cesión de la obligación principal implica la de la accesoria. En consecuencia, el cesionario tendría legitimación para reclamar los intereses de demora.

En cuanto al criterio actual del Tribunal Supremo, hay que destacar que en un recurso de casación para la unificación de la doctrina, la Sentencia de 25 de julio de 2000 declara que, aunque se haya notificado a la Administración la cesión por el contratista de las certificaciones de obra a una entidad financiera, el empresario constructor sigue teniendo legitimación para reclamar los intereses de demora que devenguen esas certificaciones. Declara la Sentencia que *“es el endosante el que se ve perjudicado por la demora en el pago de la certificación, aun cuando el mismo se realice a la entidad endosataria, ya que ésta descuenta una cantidad de dinero variable en función de la cuantía de la certificación y del tiempo de demora, resultando así que el perjuicio por el retraso en el pago de las certificaciones recae en el endosante y no en el endosatario. Desde esa perspectiva (...) el verdadero perjudicado por la posible demora en el pago de las certificaciones de obra es el endosante, no la entidad endosataria, por lo que dicho endosante tiene un interés legítimo directo en la reclamación de posibles intereses devengados por la demora en el pago de la certificación, ya que van a paliar los perjuicios sufridos por el retraso, pese a que la certificación haya sido endosada”*.

En ese mismo sentido se habían pronunciado ya las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 y de 24 de septiembre de 1999, y ese criterio jurisprudencial ha sido posteriormente reiterado por las Sentencias de 27 de marzo y 29 de octubre de 2001¹⁰⁴, o la de 26 de marzo de 2004.

Conviene precisar que esa jurisprudencia no declara que el cesionario carezca de legitimación para reclamarlas; lo que se dice es que el cedente tiene legitimación.

35.15. ¿Se pueden embargar las certificaciones o los abonos a cuenta por la ejecución del contrato?

Conforme a lo establecido en el artículo 200.7 de la LCSP, las certificaciones o abonos a cuenta se pueden embargar a favor de: *i*) la Administración Pública (por deudas tributarias

de derechos, puesto que lo mismo que para su celebración se requiere el concierto de voluntades sobre la base de pactos y cláusulas no puede hablarse, en este caso, de una imposibilidad jurídica de la Administración de revocar sus propios actos sin previa declaración de lesividad de los mismos, pues se trata de una simple modificación o novación que en aquel caso afectaba a una cláusula contractual y en este caso afecta a un acto de carácter provisional, cual es la Certificación de obra sujeta a constante modificabilidad o variación”.

¹⁰⁴ Según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (ponente Manuel Goded Miranda): *“El artículo 1212 del Código Civil, conforme a lo explicado, no es aplicable a los endosos de las certificaciones de obra. El artículo 145 del Reglamento General de Contratación obliga a la Administración a pagar al cesionario las certificaciones de obra que hayan sido transmitidas conforme a derecho, pero en modo alguno prohíbe al contratista endosante reclamar el pago de las certificaciones de obra endosadas a una entidad bancaria, siempre que el Ayuntamiento sea deudor del importe de la certificación, dada la particular consideración que la jurisprudencia realiza del endoso de las certificaciones. Teniendo por tanto Construcciones (...) legitimación para reclamar el pago no existe vulneración del artículo 28.1.a) de la LJCA”*.

o a la Seguridad Social); ó, ii) los trabajadores del contratista; iii) los subcontratistas del adjudicatario del contrato.

Al margen del embargo a favor de la Hacienda Pública o la Tesorería de la Seguridad Social, las certificaciones o abonos a cuenta sólo pueden ser embargados en los siguientes casos: i) para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos; ó, ii) para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

36.1. ¿Qué novedades introduce la LCSP en materia de subcontratación?

Las novedades más destacadas de la LCSP en materia de subcontratación afectan a las siguientes cuestiones: *i)* la ampliación del porcentaje de las prestaciones que se pueden subcontratar (antes hasta el 50 por ciento, ahora hasta el 60 por ciento del importe de adjudicación); *ii)* la exigencia de incluir la previsión de subcontratar en las ofertas o proposiciones, y de justificar la aptitud de los subcontratistas para realizar la prestación; y, *iii)* la posibilidad de imposición administrativa de la obligación de subcontratar con determinados subcontratistas hasta el 30 por ciento del importe del presupuesto del contrato.

Al margen de lo dispuesto en la LCSP, también hay que recordar lo establecido en la Ley 32/2006, de 18 de octubre (reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción), cuyo análisis queda fuera de esta Guía Práctica.

36.2. ¿En qué circunstancias y casos se admite la subcontratación?

Según se infiere del Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley, en el curso de la elaboración de la LCSP se pusieron de manifiesto dos posturas; por un lado las patronales de los operadores económicos abogaron por flexibilizar la subcontratación; por otro lado los sindicatos consideraban necesario limitarla¹⁰⁵.

105 Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (número 514/2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público): *“La regulación de la subcontratación ha sido objeto de numerosas observaciones a lo largo del expediente. La mayoría de las sugerencias realizadas por las organizaciones del sector empresarial van en la línea de una regulación más flexible, no tan detallada y que permita un más amplio juego de esta facultad, sin que la restricción de sus condiciones -se dice- redunde en beneficio del interés público ni en un menor servicio para la Administración contratante. Por*

La regla general adoptada por la LCSP es la libertad de subcontratación, ya que no hay obstáculos legales que impidan al contratista concertar con terceros la realización parcial de la prestación (artículo 210 y siguientes).

Son excepciones a esa regla general aquellos casos en que: *i)* el pliego o el contrato excluya la subcontratación; y *ii)* los contratos que, por su naturaleza o condiciones, tengan carácter personalísimo, y deban ser ejecutados directamente por el adjudicatario.

36.3. ¿Qué efectos resultan de la subcontratación? ¿se modifican o se reducen las obligaciones del adjudicatario con la Administración?

El adjudicatario o contratista principal sigue siendo el único responsable ante la Administración de la ejecución de la totalidad de las prestaciones contractuales. Los subcontratistas no asumen obligaciones frente a la Administración, y sólo quedan obligados frente al contratista principal. Aunque la Administración tenga pleno conocimiento de la celebración de subcontratos, no se altera la responsabilidad exclusiva del contratista principal o adjudicatario.

36.4. ¿Qué parte de las prestaciones puede ser objeto de subcontratación?

En línea general de principio, el pliego de cláusulas administrativas particulares debe fijar el porcentaje máximo de prestaciones que se puede subcontratar.

Si el pliego no establece ese porcentaje, se aplica el límite establecido por la propia LCSP; es decir, el adjudicatario puede subcontratar un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicación. Hay que destacar que para calcular ese porcentaje no se tienen en cuenta los subcontratos celebrados con empresas vinculadas al adjudicatario (en el sentido que el artículo 42 del Código de Comercio atribuye a las empresas vinculadas).

36.5. ¿Se puede obligar al adjudicatario o contratista principal a subcontratar una parte de las prestaciones?

Si así se establece en el pliego o en el anuncio de licitación, el órgano de contratación puede imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar algunas prestaciones con terceros que no estén vinculados con él. Ahora bien, para ello es necesario que se trate de prestaciones que tengan sustantividad propia dentro del conjunto de las que son objeto del contrato principal, de forma tal que sean susceptibles de ejecución separada, al tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional, o por poder atribuirse su ejecución a empresas con una clasificación adecuada para su realización.

Esas prestaciones de subcontratación obligatoria no pueden exceder en su conjunto del 30 por ciento del importe del presupuesto del contrato.

el contrario, las organizaciones sindicales estiman necesaria una regulación que ponga límites a un uso excesivo e incontrolado de la facultad de subcontratación, con la seguridad y mejora de las condiciones de trabajo que ello comporta”.

Importa destacar que en caso de imponerse la subcontratación, esa obligación tiene carácter esencial, por lo que su incumplimiento es causa suficiente para la resolución del contrato (artículo 206.g) LCSP), o fundamento adecuado para la imposición de penalidades (artículo 196.1 LCSP).

36.6. ¿Qué requisitos formales o procedimentales deben cumplirse para subcontratar?

En el marco del TRLCAP/2000 bastaba con que la Administración estuviera informada de la subcontratación; ahora la LCSP exige además que el contratista principal justifique adecuadamente la aptitud del subcontratista para realizar adecuadamente la concreta prestación que se le proyecta encomendar. Es decir, ahora ya no basta con acreditar la solvencia técnica o profesional del contratista principal, sino que también hay que aportar esa acreditación respecto al subcontratista.

La Administración debe estar informada de la subcontratación (artículo 210.2 de la LCSP). A tal efecto se establecen dos fórmulas: *i)* el anticipo por el licitador de esa información al presentar la oferta; y, *ii)* el suministro de esa información después de la adjudicación y antes de subcontratar una parte de las prestaciones que son objeto del contrato.

La fórmula más rígida y rigurosa es que el pliego o el anuncio de licitación obligue a los licitadores a indicar en su oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar. En ese caso, los licitadores que en caso de resultar adjudicatarios pretendan subcontratar una parte de las prestaciones, deben señalar el importe de la subcontrata, así como el nombre o el perfil del empresario subcontratista (por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica). Si después el adjudicatario fuera a subcontratar sin ajustarse a lo indicado en su oferta, deberá comunicarlo a la Administración, y si ésta no se opone en el plazo de 20 días, podrá celebrar los subcontratos.

En la fórmula más elástica, la obligación de suministrar información es exigible después de la adjudicación del contrato y antes de subcontratar. En la fase de cumplimiento de sus obligaciones, el adjudicatario debe comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración su intención de subcontratar. En el escrito de comunicación debe identificar la parte de prestación que va a subcontratar, y la identidad del subcontratista, así como la justificación de su aptitud para ejecutarla (bien acreditando que tiene la clasificación adecuada, bien por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y su experiencia).

Además de la obligación de informar a la Administración, hay que tener en cuenta que el contratista principal o adjudicatario también debe informar de la subcontratación a los representantes de sus trabajadores (artículo 210.6 de la LCSP).

36.7. ¿Qué ocurre cuando se infringen esos requisitos formales?; ¿qué sucede si se excede el límite máximo de subcontratación admitido por el pliego o la Ley?

La consecuencia o efecto jurídico de la infracción de los requisitos cuantitativos del porcentaje máximo de subcontratación, de los requisitos formales de información, o los de acreditación de la aptitud del subcontratista, es la imposición al adjudicatario de una penalidad de hasta el 50 por ciento del subcontrato.

Sucede que la expresión utilizada por la Ley es poco afortunada y suscita dudas interpretativas sobre el carácter imperativo o facultativo de esa consecuencia; a tenor del artículo 210.3 LCSP, la infracción *“podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato”*. Por un lado parece que la penalidad es automática e imperativa, pues se impone *“en todo caso”*. Ello no obstante, la Ley no establece que esas infracciones siempre conlleven la imposición de una penalidad, sino que la infracción *“podrá dar lugar”* a ellas, lo que conduce a interpretar que es una facultad de libre ejercicio.

36.8. ¿Qué especialidades establece la LCSP en materia de los pagos a subcontratistas y proveedores?

Durante la elaboración de la Ley se han puesto de manifiesto dos posturas. Por un lado, las patronales de los grandes operadores económicos han abogado por permitir que los plazos de los pagos a los subcontratistas, fueran más amplios que los que se imponen a la Administración para pagar al contratista principal. A su juicio la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000 (por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad), reconoce la libertad de pactos, siempre que no sean abusivos, por lo que la Directiva no impide que el plazo de pago a los subcontratistas sea más prolongado que el plazo de pago que debe cumplir la Administración. Por otro lado, en un informe de fecha 13 de diciembre de 2005, el Ministerio de Justicia consideró que la Directiva no permite que los pagos tengan un diferimiento superior a los 60 días.

Al final, en la redacción del artículo 211 de la LCSP parece haberse impuesto el criterio de las patronales de los grandes operadores económicos. La clave está en que, en ausencia de pacto, las condiciones de pago a los subcontratistas o proveedores no pueden ser más desfavorables que las establecidas por la Ley para los pagos de la Administración al contratista principal o adjudicatario. Ello no obstante, el contratista principal puede pactar otros plazos superiores con los suministradores y subcontratistas.

Es decir, por regla general y a falta de pacto en contrario, el contratista principal debe pagar dentro de los 60 días siguientes a la fecha de aprobación por el principal de la factura emitida por el subcontratista o proveedor (factura que debe indicar su fecha y el período al que corresponda). Desde la presentación de la factura, el contratista principal tiene un plazo de 30 días para justificar su disconformidad, u otorgar la conformidad y aprobarla. En caso de demora en el pago del contratista principal, el subcontratista o proveedor tiene derecho al cobro de los intereses de demora, y a una indemnización que le resarza de los costes de la gestión del cobro. La LCSP se remite a la Ley 3/2004, por lo que se aplica el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación (efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate), más 7 puntos porcentuales.

Excepcionalmente, el contratista principal puede pactar con los subcontratistas y proveedores un plazo de pago superior, siempre que el pacto no sea abusivo, y el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria. Se exige además que los gastos de descuento o negociación corran en su integridad por cuenta del contratista principal. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista puede exigir que el pago se garantice mediante aval. La Directiva 2000/35 permite a los Estados valorar si las condiciones de pago son manifiestamente abusivas para el acreedor, *“consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio y la naturaleza del producto”*.

37.1. ¿Cuáles son los rasgos más característicos de la LCSP en materia de modificación o prórroga del contrato?

La LCSP se separa de la orientación del TRLCAP/2000; mientras que respecto al precio del contrato la LCSP establece un criterio más elástico, respecto a la modificación o la prórroga del contrato esa Ley es más rígida que el TRLCAP/2000.

37.2. ¿Qué novedades introduce la LCSP en materia de modificación de los contratos administrativos?

Respecto a la modificación del contrato, la LCSP es más restrictiva y exigente que el TRLCAP/2000.

En el marco de ese Texto Refundido, la clave de la modificación contractual radicaba en el fundamento sobrevenido del cambio, que sólo podía obedecer *“a necesidades nuevas o causas imprevistas”*, que debían justificarse en el expediente. La modificación debía tener por fundamento razones de interés público, y podía proyectarse sobre cualquier elemento del contrato (artículo 101 TRLCAP/2000). En ese contexto se planteaban dificultades prácticas para establecer la diferencia entre la modificación del contrato y la adjudicación de unas obras complementarias¹⁰⁶.

106 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1988 (ponente Juan Manuel Sanz Bayón): *“Para determinar si se trata de una simple modificación contractual o en su caso de un proyecto de obras complementarias, hay que atender a la posible utilización separada de las nuevas obras, a su necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales”*.

Dictamen del Consejo de Estado de 2 de abril de 1992 (número 424/1992): *“Con carácter general, este Consejo ha indicado que son criterios aplicables para la distinción entre una y otra posibilidad la utilización separada de las obras nuevas, su necesidad en relación con el proyecto inicial y las dificultades técnicas de aplicación y ejecución independientes”*.

Ahora, conforme a lo establecido en el artículo 202 de la LCSP sólo se puede justificar la modificación del contrato por *“causas imprevistas”*¹⁰⁷, y la LCSP ya no hace referencia a las *“necesidades nuevas”* (que deberán ser objeto de contratación separada). Precisa la Ley que no tienen la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo, o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente, o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada.

Por otro lado, la modificación ya no puede alcanzar a cualquier elemento del contrato, pues se establece expresamente que las *“modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”* (artículo 202 LCSP). Hay que tener en cuenta que la LCSP permite que los pliegos del contrato identifiquen cuáles son las *“condiciones esenciales”*, calificación jurídica relevante a efectos no sólo de la resolución del contrato en caso de incumplimiento (artículo 206.g), sino también respecto a la imposición de penalidades (artículo 102.2), o con relación a la exigencia de condiciones de solvencia para licitar, y el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato medios personales o materiales suficientes (artículo 53.2 LCSP).

Respecto a la identificación de cuáles son las *“condiciones esenciales”*, el texto de la LCSP no es afortunado. Por un lado, la Ley no obliga a identificar siempre cuáles son esas *“condiciones esenciales”*. Pero forma parte del contenido mínimo del contrato la mención de los supuestos en que procede la resolución del contrato (artículo 26.1.j), por lo que puede inferirse que el legislador considera que es necesario identificar cuáles son las condiciones esenciales que justifican la resolución del contrato.

Por otro lado, la Ley exige que tanto en el pliego como en el documento de formalización del contrato, se establezca *“la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse”* (artículo 202.2 LCSP). De ese precepto se infiere que el pliego debe contener una identificación expresa de cuáles son las condiciones susceptibles de modificación por no tener carácter esencial.

37.3. ¿Qué especialidades hay respecto a la modificación del contrato de obras?

Por regla general la modificación del contrato de obras es obligatoria para el contratista. Como consecuencia de los privilegios y prerrogativas que disfruta la Administración, el contratista debe soportar esas modificaciones. Es más, en caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tiene derecho a reclamar indemnización alguna.

Ahora bien, no existe esa misma obligación de soportar la modificación cuando concurren las siguientes circunstancias: *i)* que la modificación implique una alteración sustancial del proyecto original; y, *ii)* que el incremento o disminución del precio del contrato exceda del 20 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA (artículos 217 y 220 LCSP).

107 Dictamen del Consejo de Estado de 1 de abril de 1993 (número 79/1993): *“Cuando el artículo 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurren razones técnicas imprevistas (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto”*.

Hay que destacar que son causa de resolución y extinción del vínculo obligatorio, las modificaciones del contrato, aunque fueren sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior a ese porcentaje del 20 por ciento (artículo 220.e) LCSP), por lo que en esas circunstancias el adjudicatario puede instar la extinción anticipada del contrato.

37.4. ¿Cuáles son las particularidades de la modificación del contrato de concesión de obra pública?; ¿y en el de gestión de servicios públicos?

En ambos casos el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, siempre que la modificación afecte a la base objetiva del negocio jurídico en los términos establecidos en la Ley (artículos 233 y 258 LCSP).

37.5. ¿Tiene el adjudicatario derecho a ser indemnizado por toda modificación del contrato de suministro?

En caso de supresión o reducción de unidades, o clases de bienes, el contratista no tiene derecho a ser indemnizado. Ahora bien, si la supresión o reducción excede del 20 por ciento del precio primitivo del contrato, tendrá derecho a la resolución del contrato (artículos 272 y 275 LCSP).

37.6. ¿Qué novedades introduce la LCSP en materia de prórroga de los contratos administrativos?

La LCSP limita la posibilidad de prorrogar en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones que son objeto del contrato, y además requiere la previsión expresa en los pliegos de la posibilidad de prórroga.

El pliego puede prever una o varias prórrogas del contrato, siempre que las características del contrato permanezcan inalteradas durante el período de duración de las prórrogas, y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga. En consecuencia, no cabe prorrogar el contrato si esa posibilidad no está expresamente prevista en el pliego. No se admite la prórroga por consentimiento tácito de las partes, sino que debe ser expresamente dispuesta por el órgano de contratación. Además, la prórroga es obligatoria para el adjudicatario, salvo que el contrato prevea expresamente lo contrario (artículo 23.2 LCSP). Mientras que el TRLCAP/2000 permitía el mutuo acuerdo de las partes respecto a la prórroga del contrato, ahora la LCSP establece la obligatoriedad para el adjudicatario cuando así lo decida el órgano de contratación.

Por otro lado, los contratos menores no pueden ser objeto de prórroga (artículo 23.3 LCSP).

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que en el cálculo del valor estimado del contrato se deben tener en cuenta las eventuales prórrogas (artículo 76.1 LCSP).

Finalmente, en los casos de demora en la ejecución de las prestaciones que son objeto del contrato, sólo cabe la prórroga cuando la demora en el cumplimiento de las obligaciones no sea imputable al contratista, y siempre y cuando éste ofrezca cumplir sus compromisos en el plazo ampliado gracias a la prórroga. En esas circunstancias, la duración de la prórroga será igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor (artículos 197.2 y 225.2 LCSP).

37.7. ¿Qué especialidades hay respecto a la prórroga del contrato de concesión de obra pública?

El contrato de concesión de obra pública se puede prorrogar para restablecer el equilibrio económico financiero, pero sólo cuando la quiebra del equilibrio se produzca por causas de fuerza mayor, o por actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión (artículo 241.2.a) LCSP).

En esas circunstancias, procederá la prórroga del contrato siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por 100 de las tarifas abonadas por los usuarios. La prórroga puede otorgarse por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial (artículo 241.3 LCSP).

37.8. ¿Hay alguna especialidad respecto a la prórroga del contrato de gestión de servicio público?

El contrato de gestión de servicio público se puede prorrogar para restablecer el equilibrio económico financiero, pero sólo cuando la quiebra del equilibrio se produzca por causas de fuerza mayor, o por actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión (artículo 258.4 LCSP).

En esas circunstancias procederá la prórroga, que se otorgará por un período que no exceda del 10 por ciento de la duración inicial, respetando en todo caso los límites máximos de duración del contrato.

37.9. ¿En qué condiciones se admite la prórroga del contrato de servicios?

Por regla general, la duración máxima del contrato de servicios es de 4 años. Ahora bien, el contrato puede prever la prórroga por mutuo acuerdo, que deberá acordarse antes de la finalización del plazo, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de 6 años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

Hay una regla especial que se aplica a la contratación con empresas de trabajo temporal; en ese caso la duración máxima del contrato en ningún caso puede superar el plazo de 6 meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga (disposición adicional quinta LCSP).

37.10. ¿Qué obligaciones formales de información tiene la Administración en caso de modificación o prórroga del contrato?

La LCSP exige que la Administración comunique al Tribunal de Cuentas (o al órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma), las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final del contrato (artículo 29.2 LCSP).

Además, debe informar a la JCCA, así como al Registro de Contratos del Sector Público (o a los correlativos Registros autonómicos), de las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final del contrato (artículos 30 y 308.3 LCSP).

38.1. ¿Qué novedades introduce la LCSP en materia de extinción de los contratos administrativos?

La única novedad relevante es la exigencia de que el pliego o el contrato identifique cuáles son las obligaciones cuyo incumplimiento justifica la resolución del contrato por tener carácter esencial (artículo 206.g) LCSP).

El contrato administrativo se puede declarar extinguido anticipadamente cuando el adjudicatario incumple sus obligaciones. Ahora bien, no basta el incumplimiento de cualquier obligación, sino que debe tratarse de una obligación esencial.

Ahora, según se infiere del artículo 206.g) de la LCSP, sólo cabe la resolución del contrato por causa de incumplimiento de una obligación si ésta ha sido expresamente calificada como una obligación esencial. Esa exigencia de previa tipificación ahora introducida por la LCSP refuerza la seguridad jurídica, e impone un mayor rigor en la redacción de los documentos contractuales. Algún sector de la doctrina cuestiona el acierto de la Ley al hacer una remisión alternativa al pliego o al contrato, por considerar que para garantizar adecuadamente la igual concurrencia de los licitadores, las obligaciones esenciales del contrato siempre deberían estar claramente identificadas en el pliego. No se ajusta a ese principio de igual concurrencia que la identificación de esas obligaciones se realice después de la adjudicación, y cuando se va a formalizar el contrato.

En cualquier caso, hay que destacar que no basta cualquier incumplimiento de las obligaciones esenciales por pequeño que sea, pues la jurisprudencia es más exigente para admitir que concurre una causa de resolución del contrato¹⁰⁸, por lo que hay que ponderar con la debida proporción el efectiva alcance y dimensión del incumplimiento¹⁰⁹.

108 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 (ponente Nicolás Maurandi Guillén): “La lectura de los arts. 65 del RCCL y 75 de la LCE pone de manifiesto que la facultad de resolución contractual se hace depender sin más del incumplimiento. Con lo cual el problema se desplaza a determinar las

Es más, hay que tener en cuenta que la ficción de atribuir certeza fáctica y validez jurídica a las decisiones administrativas termina en las puertas de los Tribunales, por lo que la Administración que pretende la resolución del contrato no puede limitarse a hacer una genérica remisión a los informes y demás actuaciones que ya obran en el expediente administrativo, sino que tiene la carga procesal de acreditar ante los Tribunales la efectiva concurrencia del incumplimiento o de otras causas legitimadoras de la resolución¹¹⁰.

38.2. ¿Puede la Administración renunciar a la adjudicación de un contrato?

En ese caso no se trataría en rigor de la extinción del contrato, pues no ha llegado a nacer, sino de la terminación anormal de las relaciones contractuales. Si bien es cierto que la Administración no puede desistir a su antojo de un proceso de selección del adjudicatario de

características o el alcance que habrá de tener para que pueda justificar la decisión resolutoria. Y sobre ello procede ya declarar que, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”.

109 Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1979 (número 41.941): *“La facultad de resolución constituye una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resulta notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una medida que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura”.*

110 Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996 (ponente Manuel Vicente Garzón Herrero): *“Por lo que hace a la presunción de validez de los actos administrativos y su proclamación en el artículo 45.1 de la LPA, ha de afirmarse que no tiene otro alcance y significado que el de requerir la impugnación de los actos administrativos por los interesados a efectos de combatir su validez. Producida la impugnación, las partes se encuentran en posición de igualdad y las pretensiones y excepciones que actúen en el proceso siguen el régimen general que en materia probatoria establece nuestro ordenamiento jurídico. Ninguna de ellas goza de privilegio alguno de naturaleza procesal. Por eso, cuando se afirma que es procedente la resolución de un contrato, porque ha habido demora en la realización de los trabajos y porque éstos son de baja calidad, es a la Administración a quien corresponde acreditar la concurrencia de las circunstancias resolutorias invocadas. La sentencia aquí impugnada razona de modo suficiente sobre la inexistencia de las causas resolutorias invocadas por el Ayuntamiento demandante, y después de un análisis de los datos obrantes en el expediente y recurso concluye que no se han dado las causas resolutorias alegadas, ni en lo referente a la demora de los trabajos, ni en lo atinente a su calidad. Tales apreciaciones de la sentencia, podrán no ser compartidas, pero en ningún caso implican infracción del precepto legal invocado como motivo de casación.*

Idéntica suerte debe correr el segundo de los motivos de casación alegados, por no haber tomado en consideración los informes de los técnicos municipales sobre la calidad de los trabajos, y por idénticos motivos. Los informes técnicos municipales son una prueba obrante en el expediente y su valoración ha de realizarse por la Sala tomando en consideración las reglas sobre prueba, y sin olvidar las restantes pruebas que obren en el expediente y en el recurso. Esta valoración probatoria tiene unas reglas legales, pero es evidente que las infracciones que en el ejercicio de esa actividad se produzcan no pueden combatirse mediante la invocación del artículo 45 de la LPA, que resulta irrelevante a estos efectos en virtud de lo que más arriba hemos razonado.

A mayor abundamiento, no se debe olvidar que los informes municipales tienen distinto valor según que la Administración actúe en el proceso facultades arbitrales en cuyo supuesto su naturaleza imparcial es, en principio, indudable, o, por el contrario, y como es el caso, sea parte interesada, donde esa posición de imparcialidad no es tan acentuada y su valor no puede ser superior al que resulte de las pruebas practicadas en el juicio”.

un contrato¹¹¹, no es menos cierto que en ocasiones es la fórmula indicada para evitar que la ejecución del contrato perjudique los intereses generales¹¹². En este caso, la terminación anticipada y anormal del concurso era una medida necesaria para subsanar las deficiencias en los estudios previos o proyectos básicos elaborados por la Administración convocante. En ocasiones similares en las que se han detectado ese tipo de errores o insuficiencias en un proyecto técnico, el Consejo de Estado ha estimado procedente que la Administración desistiera del proceso de selección¹¹³. Especialmente significativo es lo expresado en la Memoria elevada al Gobierno de la Nación por el Consejo de Estado el año 2000 (página 194):

“La realización de los estudios previos a la redacción misma (o encargo) del proyecto y el relativamente corto lapso de tiempo que debe mediar entre su aprobación y la tramitación del correspondiente procedimiento selectivo deben llevar a que el desistimiento precontractual, en la práctica, sólo opere en casos en los que hubieran sobrevenido circunstancias nuevas que, como tales, no hubieran podido razonablemente preverse con anterioridad”.

La facultad de renunciar al procedimiento de licitación no estaba antes prevista en la Ley, salvo en un supuesto muy singular relativo al proyecto técnico para la construcción de obras de infraestructura hidráulica o de transporte del artículo 125.5 del TRLCAP/2000.

Ahora, el artículo 139 de la LCSP regula tanto la renuncia como el desistimiento. La renuncia a la celebración del contrato, o el desistimiento del procedimiento, sólo pueden ser decididos por el órgano de contratación antes de la adjudicación provisional. El órgano de contratación debe notificar su decisión a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea, cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea». En caso de renuncia o desistimiento la Administración debe compensar a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

-
- 111 Memoria elevada al Gobierno de la Nación por el Consejo de Estado en el año 2000 (páginas 193 y 194): *“Como ha señalado este Consejo de Estado (...) el desistimiento precontractual por parte de la Administración convocante constituye una posibilidad admisible en Derecho, sin perjuicio de las repercusiones indemnizatorias que deriven de la decisión de desistir. Si la legislación de contratos prevé expresamente la eventualidad de que la Administración desista del contrato ya perfeccionado, con mayor razón hay que admitir la posibilidad de que tal desistimiento se produzca antes del acto de adjudicación, es decir, antes de que el contrato se perfeccione, siempre que razones de interés público así lo aconsejen. Ello, no obsta para que, como se ha destacado, tal decisión (desistimiento precontractual) pueda llevar consigo el derecho por parte del licitador a ser indemnizado. Se trataría de un supuesto que podría subsumirse bajo el manto -en sus términos genéricos- de la denominada culpa in contrahendo”.*
- 112 Memoria elevada al Gobierno de la Nación por el Consejo de Estado en el año 2000 (página 190): *“El desistimiento de la Administración no se configura de esta manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique o sea incompatible con él”.*
- 113 Memoria elevada al Gobierno de la Nación por el Consejo de Estado en el año 2000 (página 190): *“Ya se trate de un desistimiento de la Administración producido antes de la adjudicación del contrato, ya opere una vez perfeccionado éste, la realidad es que la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. La rigurosa elaboración de los informes y estudios previos a la convocatoria misma del correspondiente procedimiento selectivo debe evitar, en la mayoría de los casos y salvo que obedezca a circunstancias sobrevenidas, que se produzca el desistimiento de la Administración, no ya sólo durante la tramitación de dicho procedimiento, sino también en trance de ejecutarse el contrato ya adjudicado”.*

La Administración sólo puede renunciar a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

El desistimiento del procedimiento debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

38.3 ¿Qué ocurre si en una misma relación contractual concurren distintas causas de resolución?; ¿cuál de ellas se aplica con carácter preferente?

Cuando en un mismo contrato concurren incumplimientos imputables tanto al adjudicatario como a la Administración, es importante priorizar las causas de resolución. Si en el seno de una relación contractual concurren varias causas de resolución, debe aplicarse de manera preferente la que se haya producido primero en el tiempo (Dictámenes del Consejo de Estado de 10 de febrero de 2000, 11 de septiembre de 1997, 27 de enero de 1993, 4 de julio de 1985).

38.4. ¿Hay algún límite para la resolución del contrato por mutuo acuerdo?

La resolución por mutuo acuerdo no puede encubrir una recíproca compensación de culpas, o un arreglo entre las partes contrario al ordenamiento jurídico; hay que tener en cuenta que la Administración no puede renunciar a las consecuencias jurídicas que derivan de la resolución del contrato por causa imputable al adjudicatario¹¹⁴.

Premisa necesaria para que la resolución del contrato por mutuo acuerdo sea válida en Derecho, es que hasta ese momento el adjudicatario haya cumplido debidamente sus obligaciones. Además se exige que razones de interés público justifiquen la extinción anticipada del vínculo¹¹⁵.

114 Dictamen del Consejo de Estado de 11 de septiembre de 1997 (número 3.3747): *“La Administración no puede renunciar a los efectos legalmente previstos para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista. La razón estriba en que, si así actuara, se estaría perjudicando al interés público. No obstante, cabe resaltar que tal aseveración (imposibilidad de resolver el contrato por mutuo acuerdo cuando concurre una causa de resolución imputable al contratista) es regla general que, sin embargo, puede en la práctica llegar a verse moderada en sus efectos en atención a la entidad del referido incumplimiento, como señala este Consejo en su Memoria de 1986”*.

115 Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 1995 (número 740/1995): *“La viabilidad del mutuo disenso como modalidad resolutoria requiere la concurrencia de unos requisitos que operan a la vez como limitaciones al poder de resolver los vínculos contractuales. El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual es la voluntad concurrente de las partes contratantes en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional -debidamente justificadas- que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia de la relación contractual”*.

Ahora bien, por razones de interés general se admite la resolución por mutuo acuerdo aunque la Administración haya incumplido sus obligaciones contractuales. En ese caso, la resolución por mutuo acuerdo no excluye que la Administración pueda estar obligada a indemnizar al contratista en atención en las particulares circunstancias concurrentes¹¹⁶.

En lugar de instar la resolución del contrato, el contratista puede alcanzar un acuerdo con la Administración sobre la extinción y liquidación del contrato¹¹⁷.

Dictamen del Consejo de Estado de 21 de mayo de 1987 (número 50071/87): *“Para que el mutuo acuerdo sea operativo para la resolución de un contrato administrativo se requiere declaración de voluntad del contratista y declaración de voluntad de la Administración, que sólo podrá prestar su consentimiento cuando no existiera otra causa de resolución del contrato imputable al contratista y cuando existan razones de interés público o circunstancias excepcionales que hagan innecesaria o inconveniente la continuación del contrato”*.

116 Dictamen del Consejo de Estado de 5 de junio de 1984 (número 46.597): *“La resolución del contrato por mutuo disenso no excluye la posibilidad de que la Administración deba indemnizar al contratista de los daños y perjuicios derivados de incumplimientos contractuales de la propia Administración”*.

117 Dictamen del Consejo de Estado de 25 de junio de 1987: *“si bien para el contratista es renunciable el derecho a instar la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración, a ésta, en cambio, no le es renunciable exigir las responsabilidades procedentes y, por tanto, instar la resolución del contrato cuando su incumplimiento esté ocasionado por culpa del contratista, sin que le quepa enervar tales responsabilidades a través de la resolución del contrato por mutuo acuerdo”*.

39.1. ¿Qué especialidades contractuales establece la legislación foral de Navarra?

La Comunidad Foral de Navarra goza de una situación singular en materia de contratación pública, puesto que el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto (de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral), reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de contratos y concesiones administrativas, sin más límites que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado.

En la actualidad hay que estar a lo dispuesto en la Ley Foral 6/2006, y en la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero (en materia de contratación local, que establece algunas especialidades de interés, como por ejemplo la gestión directa de servicios públicos mediante sociedades inter-locales compuestas por capital únicamente público, procedente de varias entidades locales).

En su Exposición de Motivos, la Ley Foral 6/2006 afirma que *“la potestad legislativa de la Comunidad Foral de Navarra se halla tan sólo limitada por la observancia de aquellos principios que, extraídos del Tratado Constitutivo de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia, hoy definen el sistema de contratación pública en Europa y que son, de un lado, los de igualdad de trato, transparencia en los procedimientos, proporcionalidad y mutuo reconocimiento y, de otro, los que se encierran en el inevitable ejercicio por parte de las Administraciones públicas de sus facultades de dirección, inspección, interpretación, modificación y control”*.

Al igual que ocurre con la LCSP, el objetivo fundamental de esta Ley Foral 6/2006 (que deroga la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio), es la adaptación del Derecho de la contratación navarro a la Directiva 2004/18/CE y a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Junto a este objetivo principal, se busca también la ampliación de los controles sustantivos y la reducción de los puramente formales, la agilización de los procedimientos, la implantación de las nuevas tecnologías de la información, y la introducción de criterios sociales y

medioambientales en el ámbito de la contratación pública. Como destaca el epígrafe II de la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006:

“La presente Ley Foral es también sensible a las preocupaciones medioambientales y sociales y, por ello, prevé la incorporación de criterios de carácter social y medioambiental en la contratación, siempre que su empleo no limite o restrinja indebidamente la competencia. Así, se posibilita la incorporación de estos criterios en la fase de valoración de la solvencia, en la determinación de las condiciones en las que se ejecutará el contrato y como criterios de desempate en la valoración de las ofertas. Esta regulación permite que la contratación sea un instrumento para la ejecución de las políticas públicas de carácter social o medioambiental que determinen los poderes públicos. En esta línea, la Ley Foral permite, como medida de carácter social, excluir de su aplicación determinados contratos con talleres protegidos o con empresas en el marco programas de empleo protegido. Esta visión instrumental de la contratación pública al servicio de los valores superiores que consagra el ordenamiento se ha trasladado al texto evitando el tratamiento de la contratación pública con una visión economicista de carácter unilateral y simplista”.

Si pasamos ya a describir el contenido concreto de la Ley Foral 6/2006, hay que destacar que en algunas materias establece notables diferencias respecto a la regulación estatal dispuesta en la LCSP. La Ley Foral 6/2006 introduce importantes novedades, de las que aquí se destacan las que se han considerado más relevantes y significativas:

- (i) El ámbito subjetivo de aplicación. La Ley Foral 6/2006 agrupa en dos bloques el ámbito subjetivo de aplicación: las Administraciones Públicas, y las demás entidades (como las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles y laborales, fundaciones, siempre que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil, y que estén financiados o sometidos a la gestión de una Administración Pública, o que ésta designe a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o vigilancia).

Por otro lado, se establece que están excluidas de la aplicación de la Ley Foral 6/2006 las sociedades mercantiles, participadas o vinculadas, directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a dicha Ley, cuando ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público.

- (ii) La desaparición de los contratos administrativos atípicos o especiales. Los contratos administrativos típicos regulados en la Ley Foral son el contrato de obras, de suministro, de asistencia y las concesiones de obras públicas y de servicios. Se incorpora así la figura de la concesión de servicios y desaparece el contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios.

Ahora bien, la Ley Foral 6/2006 ya no regula los contratos administrativos atípicos o especiales, que pasan a tener la consideración de contratos sujetos al Derecho Privado. Es decir, los contratos administrativos ya sólo se definen por las prestaciones típicas que son objeto del contrato; en cambio los fines de interés general u otras actividades características del giro o tráfico administrativo ya no sirven para atribuir naturaleza administrativa a los contratos atípicos.

- (iii) Se mantiene la denominación de contrato de asistencia. Mientras que en línea directa de continuación con lo establecido en la Directiva 2004/18, la LCSP regula el “contrato

de servicios”, la Ley Foral 6/2006 mantiene la denominación clásica de *“contrato de asistencia”*¹¹⁸.

- (iv) Se regula el contrato de concesión de servicios. Se modifica la terminología respecto a *“contrato de gestión de servicios públicos”*, que en Navarra pasa a denominarse *“contrato de concesión de servicios”*¹¹⁹.
- (v) Los contratos mixtos. La combinación de prestaciones de los contratos mixtos debe referirse únicamente a los contratos típicos regulados por la Ley Foral 6/2006. Por otro lado, la Ley Foral 6/2006 establece que la prestación de mayor importe económico es la determinante de las normas aplicables en materia de publicidad y adjudicación, mientras que el ámbito estatal, esa prestación sólo determina las normas aplicables en materia de adjudicación.
- (vi) Principios rectores de la contratación. Los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, se reconducen a que las entidades contratantes otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria.

Además de la directriz orientada a evitar las prácticas que obstaculicen, impidan, restrinjan o falseen la competencia, la Ley Foral 6/2006 dispone que en toda contratación se buscará la máxima eficiencia en la utilización de fondos públicos, atendiendo a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada.

- (vii) Normas de publicidad en los contratos inferiores al umbral comunitario. La Ley Foral 6/2006 sustituye la tradicional publicidad en el diario oficial de la Comunidad Autónoma por el nuncio en el Portal de Contratación de Navarra, con excepción de los procedimientos negociados. También se podrán anunciar las convocatorias en la prensa diaria, aunque a efectos meramente informativos.

118 Así lo destaca en su apartado III la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006: *“Frente a la denominación de «contrato de servicios» que recoge la Directiva, se ha optado por conservar la denominación de contrato de asistencia ya que así, por un lado, se remarca la idea de que las entidades sometidas a la Ley Foral (en especial las Administraciones Públicas) no desarrollan la actividad con sus propios medios, sino que acuden al mercado para completarlos y, por otro, se evita la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio de un contratista interpuesto. De esta forma, en el contrato de asistencia, ya tradicional en la legislación foral, los contratos de consultoría y asistencia y de servicios de la legislación estatal se agrupan en un único tipo contractual, eliminando la confusión que anida en las diversas modalidades en que se descomponen las previsiones de la normativa estatal, algo confusa en este punto. Además, de acuerdo con la Directiva, el contrato de asistencia no sólo abarca los servicios prestados a la Administración -ámbito del contrato de asistencia en la Ley Foral 10/1998-, sino que también incluye toda prestación de servicios de las contempladas en el Anexo II en las que el destinatario del servicio sea un tercero o el público en general”*.

119 Según afirma en su apartado III la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006: *“Por otra parte, la incorporación de la figura de la concesión de servicios conlleva la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios. Por tanto, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, la prestación de servicios a la colectividad a través de un empresario únicamente podrá adoptar, por un lado, la forma de contrato de asistencia cuando el empresario perciba su retribución de la entidad pública, de acuerdo con las prestaciones que realice y, por otro, la de concesión, cuando el empresario perciba su retribución de los usuarios, al menos en una parte, incluyendo formas de retribución similares al denominado «peaje en la sombra”*”.

(viii) Solvencia económica, financiera y técnica o profesional. En esta cuestión la Ley Foral 6/2006 introduce importantes novedades. Especialmente, la supresión del requisito de la previa clasificación de los contratistas para los contratos de obras y de servicios (asistencia en la terminología de la actual Ley Foral 6/2006).

Por otro lado, en transposición de la Directiva 2004/18/CE, se regula la valoración de la solvencia económica y técnica del licitador por referencia a otras empresas. La Ley Foral 6/2006 prevé que los licitadores podrán basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas; y, en concreto, regula dos supuestos (a) personas jurídicas dominantes de los grupos de sociedades; y, (b) a través de empresas subcontratistas, supuesto en el que bastará acreditar que existe un compromiso formal de éstos para la ejecución del contrato.

Finalmente, se establece cuál es el momento en el que los licitadores deben acreditar disponer de la solvencia exigida en la licitación y no estar incurso en causa de prohibición para contratar, que se fija en la fecha de finalización del plazo de presentación de la oferta. La doctrina de la JCCA y de los Tribunales había venido declarando que ese momento era el de la adjudicación del contrato.

(ix) Los procedimientos de selección del contratista. Como consecuencia de la transposición de la Directiva 2004/18, a las figuras tradicionales de selección del contratista como el procedimiento abierto, el restringido y el negociado, la Ley Foral 6/2006 añade el diálogo competitivo, el acuerdo marco, el sistema dinámico o la puja electrónica.

Además, la Ley configura el desarrollo de un procedimiento más breve y ágil en los procedimientos abiertos y restringidos inferiores a los umbrales comunitarios.

Por otro lado, la Exposición de Motivos confiere especial importancia a las Centrales de Compras, las que pueden adherirse incluso las entidades que en materia de contratación no estén sujetas a la Ley Foral 6/2006¹²⁰.

(x) La garantía provisional. A diferencia de lo establecido en el ámbito estatal por la LCSP, el artículo 53 de la Ley Foral 6/2006 establece que la garantía provisional siempre es del 2 por ciento del valor estimado del contrato.

120 Conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley Foral 6/2006:

"1. Las Administraciones Públicas de Navarra podrán crear centrales de compras o constituirse como tales, bajo cualquier forma válida en derecho, para la satisfacción de sus necesidades, de las entidades y organismos vinculados o dependientes de éstas y de sus entes instrumentales propios.

2. Las Administraciones Públicas de Navarra podrán asociarse con el objeto de constituir centrales de compras o adherirse a las centrales de compras ya constituidas mediante el correspondiente acuerdo de adhesión.

3. Cualquier Administración Pública, sometida o no a la presente Ley Foral, y las entidades y organismos vinculados o dependientes de ella y sus entes instrumentales podrán adherirse a las centrales de compras promovidas por las Administraciones Públicas de Navarra para gestionar obras, suministros y asistencias, formalizando un acuerdo de adhesión que contendrá las condiciones específicas de ésta.

4. Las centrales de compras podrán celebrar contratos de obras, suministro y asistencia o acuerdos marco para estos contratos, con arreglo a las disposiciones de la presente Ley Foral, para atender las necesidades de las entidades a las que prestan servicios. Las centrales de compras pondrán a disposición de las entidades destinatarias las obras, suministros o asistencias por cualquier fórmula admisible en Derecho".

(xi) El plazo de pago del precio. A diferencia de lo dispuesto en el ámbito estatal por la LCSP, el artículo 114 de la Ley Foral 6/2006 establece que la Administración está obligada a abonar el precio del contrato en el plazo de 30 días naturales desde la recepción en el registro del órgano de contratación competente, de la correspondiente factura o documento equivalente. Junto a esa regla general, se establece una excepción aplicable a los contratos de obra; en ese caso el plazo de pago es de 60 días naturales contados desde la expedición de las certificaciones de obras.

(xii) La modificación de los contratos. Con el fin de preservar el principio de transparencia, la Ley Foral 6/2006 limita las modificaciones a un máximo de un 50 por ciento del precio inicial contrato, que, en todo caso, deberán venir motivadas por razones de interés público derivadas de circunstancias imprevistas.

En el contrato de obras se ha flexibilizado la regulación de las pequeñas modificaciones que surgen durante la ejecución de las obras, de tal forma que se puedan tramitar con inmediatez sin necesidad de suspender la normal ejecución de la obra.

(xiii) La subcontratación y cesión. Importantes novedades se introducen también en el régimen de subcontratación y cesión de los contratos.

Con carácter general, la posibilidad de subcontratación se limita a aquellos supuestos en los que el licitador durante la licitación haya presentado una relación exhaustiva de los contratistas. En el caso de que durante la licitación no se haya aportado dicha relación, una vez formalizado el contrato sólo se admitirá la subcontratación de prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, con determinadas limitaciones.

Por cuanto a la cesión de los contratos se refiere, la Ley Foral 6/2006 la prohíbe, sin excepción alguna, en los contratos que hayan sido adjudicados mediante procedimiento restringido o negociado.

(xiv) La reclamación en materia de contratación pública. En transposición de la Directiva de recursos, la Ley Foral 6/2006 introduce un procedimiento de reclamación en materia de contratación pública, con el fin de crear medios de recurso ágiles y rápidos, especialmente en la fase en que las infracciones aún puedan corregirse.

Se crea un recurso potestativo y sustitutivo, que habrá de interponerse ante la Junta de Contratación Pública de Navarra. El recurso se puede presentar en todo tipo de contratos por las empresas y profesionales interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público contra actos de trámite (sean cualificados o no) y definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas. Y la reclamación habrá de fundarse exclusivamente en alguno de los motivos tasados en la Ley.

También es posible la solicitud y la adopción de medidas provisionales (con anterioridad o simultaneidad a la presentación de la reclamación).

39.2. ¿Qué especialidades contractuales establece la legislación de Cataluña?

Ley catalana 3/2007, entrará en vigor a los 6 meses de su publicación (DOGC núm. 4920, de 6 de julio de 2007). Esta norma se sitúa al margen de la transposición de la Directiva 2004/18, y se centra en la correcta planificación y ejecución técnica de las obras.

La Ley catalana 3/2007 ha sido aprobada con el objetivo de completar y reforzar los requisitos en materia de proyectos técnicos y su supervisión previstos en la normativa básica del Estado en materia de contratación pública, así como establecer otros requisitos complementarios en relación con las distintas fases de las obras públicas, desde su planificación hasta su total ejecución. Las novedades más relevantes se refieren a los proyectos técnicos de obra (contenido mínimo, responsabilidades, supervisión, auditoría).

La Ley catalana 3/2007 se aplica a las obras públicas de competencia de la Generalidad, de las entidades locales de Cataluña, o que correspondan a alguno de sus organismos, entidades, empresas públicas dependientes, o a los consorcios en que participen mayoritariamente.

El Capítulo I de la Ley establece unos principios generales a los que se debe someter la obra pública, tales como la publicidad de los planes, programas y proyectos de obras, transparencia y publicidad en el proceso de contratación, sostenibilidad y protección del medio ambiente o celeridad en la tramitación de los procedimientos.

Por otro lado ese Capítulo I define los agentes más relevantes que intervienen en la obra, prestando especial atención a la diferencia entre el promotor (la Administración), y el gestor (que con frecuencia es una entidad instrumental dependiente de la Administración). Según la Ley catalana 3/2007, la Administración actúa como promotora al impulsar la realización de las obras, y los entes instrumentales de la propia Administración a los que ésta encarga el ejercicio de parte de sus funciones actúan como gestores¹²¹.

En su Capítulo II, la Ley catalana 3/2007 regula la planificación (de las obras previstas en un periodo de 4 años), y la programación (de las inversiones y actuaciones a realizar en el plazo de 1 año de acuerdo a la planificación). Ahora bien, esa regulación sólo se aplica a las obras competencia de la Generalidad, porque respecto a las de competencia de las entidades locales, la Ley catalana 3/2007 se remite a la legislación de régimen local.

Otro de los objetivos del Capítulo II es mejorar la publicidad previa de la planificación y programación de las obras, estableciendo su difusión por medio de los sitios web oficiales y de su correspondiente publicación.

El Capítulo III se ocupa de los estudios y proyectos. La Ley catalana 3/2007 prevé para cada obra pública la elaboración de un estudio previo o anteproyecto (en el que se planteen las diversas alternativas, con sus respectivas ventajas e inconvenientes), y un proyecto (en donde se desarrolla completamente la solución óptima adoptada, con el detalle necesario para que pueda procederse a su construcción y posterior explotación).

121 A este respecto el Preámbulo de la Ley 3/2007 destaca lo siguiente: *“Dicha relación no pretende ser exhaustiva de todas las personas que intervienen en el proceso de construcción de una obra, sino de las que, por el contenido de la presente Ley, pueden considerarse más relevantes. No obstante, se ha querido destacar la distinción entre el promotor y el gestor. La definición de las figuras del promotor y del gestor pretende reflejar en el texto de la Ley la realidad de la actuación administrativa en cuanto a las obras públicas. Así pues, la Administración actúa como promotora en la medida en que impulsa la realización de las obras como titular de esta competencia. En cambio, la figura del gestor alude a los entes instrumentales de la propia Administración a los que ésta puede encomendar el ejercicio de parte de las funciones que le corresponden. De acuerdo con dicha distinción, el órgano de la Administración promotor de la obra ejerce las potestades públicas de planificación, programación, proyección e inspección, seguimiento de la ejecución y recepción de la obra, mientras que el gestor ejerce las funciones encomendadas o atribuidas por el promotor”.*

La Ley catalana 3/2007 pretende reducir al mínimo el número de modificaciones posteriores a la aprobación de un proyecto, para lo que ha reforzado los requisitos en la tramitación de estas modificaciones. Los estudios previos y los proyectos deberán someterse a los informes de los órganos de supervisión, que certificarán el sometimiento de aquéllos a las disposiciones generales y a la normativa técnica de aplicación.

En cuanto a las obras que prevean túneles en zona urbana, se introducen dos novedades: en primer lugar, debido a su dificultad y la complejidad técnica que suponen, deberán ser objeto de una supervisión continua por parte del promotor del proyecto; y, en segundo lugar, deberán someterse a una auditoría técnica específica, que realiza una oficina técnica externa al promotor y al gestor de la obra, totalmente independiente de los autores del estudio o anteproyecto y del proyecto, y de las personas responsables de su supervisión..

El Capítulo IV introduce varias novedades en cuanto al régimen de contratación de las obras públicas, entre las que cabe destacar las siguientes:

- (i) establecimiento de criterios específicos para determinar la composición de las mesas de contratación;
- (ii) creación del registro de buenas prácticas en la ejecución de obras, en el que se pueden inscribir las certificaciones que acreditan la correcta ejecución de los contratos;
- (iii) la obligación a las UTEs licitadoras de presentar una memoria justificativa de su constitución, en la que además de la indicación de los medios concretos que cada una de las empresas prevé destinar a la ejecución del contrato, deben especificarse las razones económicas, empresariales o de especialización técnica o tecnológica justificativas de la constitución de la unión;
- (iv) hay que valorar positivamente el rigor exigido por la Ley para la motivación de las propuestas y actos de adjudicación. Por un lado, el artículo 38 de la Ley catalana 3/2007 establece que *“la propuesta de adjudicación del contrato por parte de la mesa y la adjudicación deben resolverse de forma motivada, detallada, comparada, razonada y congruente”*; por otro, el artículo 39.2 precisa que *“las resoluciones de adjudicación de los contratos sujetos a la presente Ley siempre deben incorporar la indicación de las puntuaciones, totales y parciales, obtenidas por todas las empresas admitidas al procedimiento, en cada uno de los criterios de adjudicación”*.

En el Capítulo V la Ley catalana 3/2007 establece normas específicas en cuanto a la ejecución de la obra, con el fin de mejorar la información a los ciudadanos, y de conseguir un mayor seguimiento y control de la calidad de la obra. En los términos establecidos por los pliegos de cláusulas administrativas particulares, antes del inicio de las obras, deben adoptarse medidas para informar con suficiente antelación a los vecinos, a los usuarios potenciales y, en general, a los ciudadanos afectados, sobre las obras a ejecutar, el calendario previsto para la ejecución, así como respecto a las incidencias y posibles afectaciones que provoquen las obras. Cuando el importe del contrato sea superior a 10 millones de euros (o cuando así lo determine el promotor), antes de la recepción de las obras debe presentarse una memoria final sobre el desarrollo y ejecución de la obra, en la que se haga referencia a los siguientes datos: a) especificación del precio total del contrato; b) incidencias destacables que se hayan producido en el desarrollo del contrato; c) modificaciones del contrato, con la correspondiente motivación y las revisiones de precios propuestas y aprobadas; d) servicios y actuaciones subcontratados, con indicación del precio pagado en cada caso.

Finalmente, en el Capítulo VI se crea el Consejo Asesor de Túneles y Otras Obras Singulares, un órgano que debe coadyuvar en la proyección y ejecución de túneles y otras obras singulares, dada su especial complejidad técnica.

Asimismo, en el Capítulo VI se posibilita el recurso al arbitraje y a otras formas convencionales de solución de conflictos, para facilitar la resolución de los conflictos entre el promotor o, si procede, el gestor y la empresa constructora.

39.3 ¿Qué especialidades contractuales existen en la Región de Murcia?

Hay que estar a lo dispuesto en la Ley 4/1997 de Murcia. Esa norma se aplica a infraestructuras como las redes viarias, instalaciones afectas al transporte, redes de saneamiento, depuradoras, redes de abastecimiento de aguas, desaladoras, aeropuertos, puertos y cualesquiera otras obras e instalaciones destinadas a un uso o servicio público de características análogas.

Sin perjuicio de otras materias reguladas en la Ley 4/1997 de Murcia, de su contenido hay que resaltar lo que afecta a la coordinación de los instrumentos de planificación, y lo que atañe a la colaboración privada en la financiación de esas obras de infraestructura.

En materia de planificación de infraestructuras, la Ley 4/1997 de Murcia pretende evitar que la ordenación del territorio se vea sustituida por un cúmulo de proyectos parciales e inconexos, fruto a veces de decisiones apresuradas. De ahí que todo el primer título de la Ley se dedique a la coordinación de las infraestructuras con los instrumentos regionales de planificación, los mecanismos de articulación con el planeamiento urbanístico y la regulación, como fase previa a cualquier decisión de construir y explotar una infraestructura, de los estudios de viabilidad y aprobación de los proyectos.

En cuanto a la colaboración privada, la Ley 4/1997 de Murcia se centra en la figura de la concesión de obras públicas, el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, así como la posibilidad de aplazar el pago hasta un máximo de 10 años desde la recepción de la obra, y la eventualidad de construir viviendas de titularidad pública bajo cualquiera de los sistemas regulados en la Ley.

El Preámbulo de la Ley 4/1997 de Murcia pone especial énfasis en la participación de la pequeña y mediana empresa en la ejecución de las obras de infraestructura, resultado que se logra imponiendo al concesionario la obligación de ceder a terceros un porcentaje de la ejecución de la obra que represente, al menos, un 30 por ciento de su valor total. La selección del cesionario debe realizarse con arreglo a las normas generales de los contratos de obras.

Además, la Ley 4/1997 de Murcia regula una fórmula que ahora ha sido suprimida en el ámbito estatal por la LCSP, como es la posibilidad de utilizar el mecanismo de la concesión demanial como instrumento de fomento e incentivación de la iniciativa privada en la construcción y explotación de estas infraestructuras.

Por otro lado, la Ley 4/1997 de Murcia regula el denominado “*canon de demanda*”, en el que la participación del sector privado se vincula a la generación de flujos de caja previsibles, que no se repercuten en el usuario a través del peaje, asumiendo la Administración la garantía del pago en función de unas tarifas predefinidas según las expectativas de uso de la infraestructura.

Finalmente, la Ley 4/1997 de Murcia dedica su Título III a establecer el régimen económico-financiero de las obras de infraestructura. La Ley pone especial énfasis en la transparencia y control que por parte del legislativo debe existir de las inversiones de esta naturaleza, por lo que las obligaciones asumidas se vinculan presupuestariamente. Así, la Ley de Presupuestos de cada ejercicio debe consignar, dentro de la Sección presupuestaria correspondiente a la Consejería de Economía y Hacienda, una partida presupuestaria denominada «Fondo de Atención y Conservación de las infraestructuras construidas»; el crédito de esta partida será la cantidad máxima que deba pagar la Administración a los concesionarios, en función de las previsiones de uso de las infraestructuras construidas que se contengan en los títulos concesionales.

URÍA MENÉNDEZ