

1/2000 ■ N°1



Temas Actuales

Los problemas actuales de la
contratación de obras públicas
por D. Alfredo Dagnino Guerra



Temas Actuales

1/2000 ■ N°1

Los problemas actuales de la contratación
de obras públicas.

Conferencia de D. Alfredo Dagnino Guerra

Sumario

Presentación 7

ASAMBLEA GENERAL DE ANCI (24 de mayo de 2000)

**Los problemas actuales de la contratación
de obras públicas.**

Conferencia de D. Alfredo Dagnino Guerra 9

Discurso del Presidente de ANCI

D. Jaime Lamo Espinosa 139

PRESENTACIÓN

Con este ejemplar que el lector tiene en su mano, la Asociación Nacional de Constructores Independientes inicia la edición de una colección titulada “**TEMAS ACTUALES**”, modesta en formato pero ambiciosa en contenidos, que recogerá estudios, análisis, informes y posicionamientos concernientes al sector de la Construcción y al objeto principal de nuestra asociación empresarial, cual es defender sus intereses ante las distintas Administraciones Públicas.

Y el comienzo de esta colección, cuya periodicidad lógicamente no puede fijarse de antemano, no ha podido ser mejor ni más oportuno, ya que recoge un tema que si siempre es sugerente, lo es más en tiempos de mutaciones normativas como los de ahora, los primeros meses del año 2000.

Se trata de los problemas actuales de la contratación pública a la luz de las novedades introducidas por la Ley de diciembre último que reforma la Ley de 1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, que fueron exhaustivamente analizadas en la conferencia magistral pronunciada por don Alfredo Dagnino, letrado del Consejo de Estado, en la segunda parte de la Asamblea General anual de ANCI de 24 de mayo de 2000.

Completa el contenido de este volumen inicial el texto íntegro de mi intervención en dicha Asamblea, en la que hice un repaso a algunos de los problemas que más nos ocupan y preocupan para que en el mercado de obra pública reine una verdadera libre competencia, con la mayor transparencia en la licitación y la más perfecta igualdad de oportunidades.

*Don ALFREDO DAGNINO GUERRA es Letrado del Consejo de Estado.
Profesor de la Universidad Complutense, de la Escuela de Práctica
Jurídica de Madrid y de la Fundación para la Formación de Altos
Profesionales. Abogado.*

CONFERENCIA

Problemas actuales de la contratación de obras públicas a la luz de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

D. ALFREDO DAGNINO GUERRA

Mis primeras palabras quiero que sean de cordial agradecimiento a la Asociación Nacional de Constructores Independientes particularmente, a su Presidente, Don Jaime Lamo de Espinosa, y a su Director-Gerente, Don Santiago Eguiagaray, por la amable invitación que me han hecho para ocupar esta tribuna y participar en un foro de la importancia de la Asamblea General de la Asociación por medio de esta conferencia dedicada a los “Problemas actuales de la contratación de obras públicas”, tema siempre sugerente, sobre todo cuando se viven tiempos de mutaciones normativas.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La promulgación de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas constituye un hito normativo de importancia en el ámbito del derecho público. Pese al escaso tiempo de vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la disposición legal promulgada devenía indispensable, de un lado, para dar cumplimiento al mandato contenido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que obligó al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley de reforma de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y de otro, para cumplir

con la obligada incorporación al ordenamiento interno español de las modificaciones introducidas en la normativa comunitaria sobre contratos públicos (Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997), así como la aclaración del sentido de determinados preceptos, corrección de ciertas deficiencias técnicas y, sobre todo, la introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa.

Sin embargo, y pese a su juventud, la Ley 13/1995 ya había sido objeto de varias modificaciones llevadas a cabo a través de leyes tan distintas como inapropiadas para hacerlo como la Ley 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía (disposición adicional primera), la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de Disciplina Presupuestaria (artículo 2); las Leyes 13/1996, de 30 de diciembre, 66/1997, de 30 de diciembre, 50/1998 de 30 de diciembre (artículos 72, 148 y 149 y artículo 77; y artículo 56, respectivamente) de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; y la Ley 46/1988, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Interesa resaltar que la Ley de reforma recientemente promulgada se distingue de las citadas en el dato de que opera una relevante modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuya glosa será en buena medida objeto de la presente ponencia.

Debe tenerse presente, sin embargo, que la disposición final única, apartado 2, de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, autorizó al Gobierno de la Nación para que en el plazo de seis meses, a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, elaborase un texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, incluyendo la facultad de regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones legales vigentes en materia de contratación pública, al que se incorporen las modificaciones que en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se introducen por la Ley 53/1999 antes citada y por las operadas en virtud de las disposiciones a que antes se hacía mención.

Por otra parte, la Decisión de la Comisión Europea (1999/e 379/08), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, número e 379, de 31 de diciembre, y reflejada en la Orden del Ministerio de Hacienda de 10 de febrero de 2000, impone nuevas alteraciones en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al tener que ser sustituidos, a partir del 1 de enero de 2000, las cifras que figuran en la misma, para aplicación de las Directivas comunitarias y del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, por las cifras que en euros, derechos especiales de giro y pesetas se incorporan a las disposiciones reseñadas. Además, el artículo 30 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, establece que, desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre del año 2001, los importes monetarios utilizados como expresiones finales de las normas que a partir de la fecha se dicten, deberán hacer constar a continuación el importe equivalente en la unidad de cuenta euro al tipo de conversión.

Además, la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición permite otras modificaciones que se inspiran en diversos criterios, tales como la introducción de determinadas precisiones terminológicas y aclaraciones del texto que tienen como finalidad contribuir a la aclaración de sus preceptos, rectificando errores de concordancia, ajustando la numeración de los artículos, y coordinando los preceptos y las remisiones y referencias entre artículos.

En consecuencia, se ha elaborado por el Gobierno de la Nación un texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que deroga todas las disposiciones legales vigentes objeto de refundición, y entra en vigor el 11 de julio siguiente.

Esta situación de mutación normativa añade mayor importancia si cabe al fenómeno de la contratación de las Administraciones Públicas, que de por sí ya es notable. Como es sabido, el sector de la contratación pública tiene una gran importancia económica y social en las sociedades modernas.

Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones Públicas suponen más de un 11 % del Producto Interior Bruto comunitario, es decir, 750.000 millones de euros.

Pero, además, el fenómeno de la contratación pública tiene una gran importancia jurídica. Importancia teórica, porque en el sistema contractual público se condensan los problemas del derecho administrativo; e importancia práctica, tanto frente a la Administración Pública, por el volumen de actividad que representa en el computo general de actividades de la Administración, como frente a la iniciativa privada empresarial, por el volumen de actividad y de oportunidades que representa para las empresas.

Esta importancia trasciende, por lo demás, los límites nacionales, y es un hecho en la Unión Europea y en el ordenamiento comunitario europeo. No se oculta que la disparidad de legislaciones nacionales ha sido uno de los factores clave en el retraso del mercado común de la contratación pública, pues, en relación con el régimen exorbitante de los contratos, mientras Estados nacionales como Francia y España admiten la sustantividad de la figura del contrato administra-

tivo, hay otros que bien de forma absoluta (Alemania) o con modulaciones (Italia, Bélgica o Luxemburgo) remiten la regulación sustantiva y procesal al derecho privado (civil o mercantil). De ahí que las normas del derecho comunitario europeo sobre contratación pública se hayan decantado por contemplar exclusivamente la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos.

Resultan especialmente significativos a este respecto los términos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 1987 que afirma:

“(...) los Estados miembros quedan libres de mantener o de dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos, con la condición de respetar todas las disposiciones pertinentes del derecho comunitario europeo y, especialmente, las prohibiciones que derivan de principios consagrados por el Tratado en materia de contratos públicos”.

Pero también es un hecho que la importancia de la contratación pública ha trascendido al orden internacional, a través de los Acuerdos sobre Contratación Pública suscrito en Marrakech en 1995 en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

Y, sin más prolegómenos, entramos en materia. Me corresponde abordar en esta ponencia la exposición de los problemas actuales de la contratación de obras públicas a la luz de las principales novedades introducidas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre y el subsiguiente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. He de señalar, antes de comenzar, que centraré la ponencia en los aspectos más relevantes del régimen contractual público, con particular atención a la contratación de

obras y haciendo especial hincapié en las novedades introducidas por los citados textos legales.

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

La primera cuestión que merece particular atención, por razón de su relevancia, es la tocante a las Administraciones Públicas sujetas a la Ley de Contratos.

I CONSIDERACIONES GENERALES

En relación a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de anticiparse que la Ley 53/1999 no introduce novedades en modo alguno menos relevantes, y ello cuando realmente sí que hubiera sido oportuno y conveniente modificar los términos de algunas de las reglas de delimitación de aplicación subjetiva de la Ley.

La contratación administrativa sigue siendo una contratación en la que uno de los contratantes es una Administración Pública.

Es un requisito inexcusable para que exista contrato administrativo la presencia subjetiva de una Administración Pública en la relación contractual.

Sin embargo, el hecho de que gran parte de la contratación pública haya sido asumida por entes instrumentales de naturaleza peculiar (“descentralización funcional”), bien por ser Entidades de Derecho Público sometidos al Derecho privado, bien por ser sociedades mercantiles en cuyo capital participan Administracio-

nes o Entes Públicos, plantea como una cuestión polémica la inclusión o no de la pluralidad de entes contratantes a la legislación reguladora de la contratación pública.

Ante el inquietante y desproporcionado proceso experimentado en los últimos tiempos de privatización de la Administración y de aplicación a ésta de las técnicas gerenciales privadas –conocido comúnmente como la “huida del derecho administrativo”–, el Consejo de Estado ha venido a llamar la atención sobre el hecho de que las Administraciones, aun cuando desplieguen en ocasiones su actividad contractual por los cauces del derecho privado, han de mantener una vinculación insoslayable a determinados principios de carácter público, que la diferencia esencialmente entre las personas privadas, con plena autonomía y disponibilidad en su actuación para la consecución, a su propio riesgo, de lo que consideren en cada momento sus intereses y objetivos particulares. Y ello porque toda la contratación pública, revestida de un interés general que la justifique, deberá necesariamente asegurar la objetividad y concurrencia en la adjudicación a través de una adecuada publicidad y la utilización de criterios previamente conocidos en los que se estipule las condiciones necesarias para contratar.

La solución ofrecida por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a este respecto es profundamente insatisfactoria; de una parte, porque es ciertamente incongruente con los postulados que vienen a informar la Ley, y excluye un sector relevante de la contratación de las entidades instrumentales de la Administración; y de otra, porque las circunstancias exigidas para la aplicación parcial de la Ley son oscuras y confusas y no se compadecen adecuadamente con los postulados de seguridad jurídica exigibles.

2 CRITERIOS LEGALES

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, a diferencia de su antecesora –Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965– establece el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, uniéndose de esta forma al criterio de las leyes de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común –Ley 30/1992, de 26 de noviembre– y de la Jurisdicción Contencioso-administrativa –Ley 29/1998, de 13 de julio– de expresar lo que “a los efectos de la presente Ley se entiende por Administración Pública”.

Los artículos 1 y 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como del actual Texto Refundido, establecen su ámbito de aplicación subjetiva.

2.1 En efecto, la Ley establece en su artículo 1 los entes a quienes se aplica en terminos coincidentes literalmente por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas para las Administraciones territoriales, pero no respecto de las Entidades de Derecho Público.

Tras señalar el artículo 1.1. de la mencionada Ley que

“los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de esta Ley”,

el apartado 2 del mencionado precepto legal establece qué debe entenderse por “Administración Pública” a los efectos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

“2.- Se entiende por Administración Pública a los efectos de esta Ley:

- a) *La Administración General del Estado.*
- b) *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.*
- c) *Las entidades que integran la Administración Local”.*

2.2 En relación con las Entidades de Derecho Público, el apartado 3 del artículo 1 dispone:

“3.- Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) *Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.*
- b) *Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público”.*

2.3 Asimismo, el artículo 2.1 de la Ley, afectado en este punto por la reforma legislativa, extiende su ámbito de aplicación subjetiva, aunque de modo parcial, a ciertas entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior:

“1.- Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior (artículo 1)

quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, será igual o superior a 891.521.645 pesetas (5.358.153 euros equivalentes a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras o a 35.600.846 pesetas (214.326 euros equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

b) Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas”.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre y el Texto Refundido afectan únicamente a los importes de los contratos que determinan la aplicación parcial de la Ley a determinadas entidades de derecho público. Tales cantidades se aumentan sensiblemente por el legislador.

2.4 Por otro lado, a tenor de lo previsto en el apartado segundo del artículo 2 quedan sometidos a las prescripciones del apartado anterior:

“(…) los contratos de obras de la clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relati-

vos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo y los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 831.930.000 pesetas (5.000.000 euros), si se trata de contratos de obras o a 33.277.200 pesetas (200.000 euros), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.

También en lo que hace a este precepto la reforma legislativa actualiza las cifras.

2.5 Por último, y en relación a la contratación de las empresas públicas organizadas en régimen de sociedad mercantil, la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (“Principios de contratación en el sector público”) establece que:

“Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Esta prescripción legal no constituye ninguna novedad, por cuanto que, su contenido y ámbito similar, figuraba en la disposición

transitoria segunda del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre. En efecto, aparte de las salvedades de que la operación a realizar sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia, dicho precepto sigue el criterio precedente de que las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria (se entiende, íntegra o mayoritaria) la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos o Entidades de Derecho Público, no están, con carácter general y sin perjuicio de lo que luego se dirá, incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que deben entenderse excluidas a todos los efectos.

En otros términos, la regla general es que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado en el ejercicio de sus respectivas actividades (disposición adicional decimosegunda de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), si bien “se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia” (disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Sin perjuicio de todo ello, es de indicar que, según ha interpretado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, “la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno que deban someterse a las normas concretas de publicidad y concurrencia de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”, puesto que, “de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente” (Informes 22/95, de 26 de julio de 1995 y 24/95, de 24 de octubre de 1995).

“Sobre la sujeción a los indicados principios –continúa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa– no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible, acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc.) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Informe 24/95, de 24 de octubre de 1995).

Pero es asimismo de notar que el desideratum, más que prescripción, previsto en la referida disposición adicional sexta de la Ley, de sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, no es en sí mismo absoluto, puesto que opera “salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

2.6 La exclusión de la contratación de las sociedades mercantiles públicas de la Ley de Contratos de las Administraciones tiene una notable excepción, en relación con determinado tipo sociedades mercantiles y de obras públicas, que se contempla en el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (“Gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas”). Con arreglo a dicho precepto legal:

“Uno. Se autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades de las previstas por el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción

y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros.

Dos. Las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales a las que se refiere el apartado anterior se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros y en los que se preverán, al menos, los siguientes extremos:

a) El régimen de construcción y/o explotación de las carreteras estatales de que se trate.

b) Las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma.

c) Las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la sociedad estatal, a cuyo efecto aquélla podrá adquirir los compromisos plurianuales de gasto que resulten pertinentes, sin sujeción a las limitaciones establecidas por el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre. Lo dispuesto en esta letra se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las aportaciones que la sociedad estatal pueda recibir de otros sujetos públicos o privados, en virtud, en su caso, de la conclusión de los correspondientes convenios.

d) Las garantías que hayan de establecerse en favor de las entidades que financien la construcción y/o explotación de las carreteras estatales.

Tres. En los contratos que las sociedades estatales a que se refiere este artículo concluyan con terceros para la

construcción de las carreteras estatales se observarán las reglas siguientes:

a) Se aplicarán las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en lo concerniente a las disposiciones sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

b) Se incluirán las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados.

c) El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación.

Cuatro. Será de aplicación el apartado dos de este artículo a cualesquiera relaciones que la Administración General del Estado establezca con otras empresas públicas para la construcción y/o explotación de carreteras estatales y el apartado tres de este artículo a los contratos que las citadas empresas públicas concluyan con terceros para la construcción y/o explotación de carreteras estatales.

Quinto. La autorización prevista en el apartado uno, se extiende igualmente a la constitución de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica. También resultarán de aplicación a las relaciones de estas sociedades estatales con la Administración General del Estado, y a los contratos que concluyan con terceros, los apartados dos y tres de este artículo”.

Parece evidente que la regulación contenida en el preceptos transcrito supone una dispensa a la regla consistente en la no

sujeción de las sociedades mercantiles públicas a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Para ser legalmente admisible en este caso la aplicación de las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas con terceros, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos, a saber:

a) Uno, subjetivo, como es el consistir precisamente que se trate de sociedades mercantiles de las previstas anteriormente por el artículo 6.1, apartado a), de la Ley General Presupuestaria, actualmente derogado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y sustituido por la disposición adicional decimosegundo de esta última, cuya creación hubiere autorizado el Consejo de Ministros al amparo de lo prevenido en la prescripción legal transcrita (apartado uno del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

b) Otro, objetivo, como es, que el objeto social de tales sociedades mercantiles sea, ora “la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros” (apartado 1 del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre), ora “la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica” (apartado 5 del mismo precepto legal).

Caso de que concurren las premisas para la aplicación de tal prescripción, los efectos son claros:

a) En los contratos que las sociedades mercantiles estatales a que se refiere dicha previsión legal concluyan con terceros para la construcción y/o explotación de carreteras estatales u obras hidráulicas,

“serán de aplicación las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo concerniente a las disposiciones de capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación” (apartado 3.a) del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre).

b) En tales contratos, “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación” (apartado 3.c del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre).

3 GRADOS DE SOMETIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES PÚBLICAS A LA LEY DE CONTRATOS

De lo expuesto, resultan, en resumen, tres niveles de Administraciones y entidades públicas, en función del mayor o menor grado de sometimiento al régimen contractual público en los términos que siguen:

3.1 ENTIDADES PLENAMENTE INCLUIDAS

Son entidades públicas plenamente incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley las siguientes:

A) Las Administraciones territoriales

a) A la Administración General del Estado se aplica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su integridad.

b) A las Administraciones de las Comunidades Autónomas se aplica la Ley con carácter general, excluidos aquellos preceptos enu-

merados en la disposición final primera que tienen carácter supletorio y se aplican, por consiguiente, en defecto de la regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas podrán, por ejemplo: a'') la regulación de la composición del órgano que ha de seleccionar al contratista; b'') la introducción de mecanismos de arbitraje; c'') la creación de Juntas equivalentes a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa; d'') la creación de sus propios registros oficiales de contratistas; e'') la modificación de diversos plazos y porcentajes.

c) A las Entidades que integran la Administración Local se aplica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con carácter general (artículo 1.2.c)).

Se aplica a todas las entidades locales enumeradas en el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local: a'') Municipios; b'') Provincias; c'') Islas (archipiélagos balear y canario); d'') Entidades locales menores; e'') Entidades locales supramunicipales (comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades).

Ciertamente las peculiaridades propias de la Administración Local hubieren exigido un tratamiento jurídico más pormenorizado en la Ley de Contratos para adaptar la anterior dualidad de regímenes de contratación al nuevo sistema unificado y para tener en cuenta las singularidades propias de esta Administración territorial.

Antes de la promulgación de la Constitución regía una doble regulación para la contratación administrativa de las Administraciones territoriales, la establecida para la Administración Local por la Ley de Régimen Local (Texto Articulado de Régimen Local de 24 de junio de 1955), junto con el Reglamento de Contratación de las

Corporaciones Locales (Decreto de 9 de enero de 1953), y la establecida para la Administración del Estado (Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre).

La tendencia a la unificación de ambas regulaciones se acelera con la promulgación de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica sobre contratación administrativa (artículo 149.1.18 CE), y posteriormente con la legislación de adaptación del ordenamiento contractual público a las prescripciones del derecho comunitario europeo en 1986.

La promulgación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incidió frontalmente en la contratación local, aunque quizás no de la forma más completa y deseable. Cabe señalar, a estos efectos, las siguientes novedades:

- desaparece la dualidad de regímenes jurídicos al establecerse que las Entidades que integran la Administración Local forma parte de su ámbito de aplicación subjetiva (artículo 1.2.c) y al derogar expresamente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 (disposición derogatoria única, letra b)). Sin embargo, como quiera que no todo el articulado de la Ley tiene carácter básico, las Entidades locales están también sometidas a las normas de las Comunidades Autónomas respectivas que hayan dictado, en el ámbito de su competencia, una regulación específica sobre contratación administrativa.
- la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas asume las peculiaridades organizativas de los Entes locales al esta-

blecer que “las referencias a los órganos de la Administración General del Estado deberá entenderse hecha a los correspondientes órganos de las restantes Administraciones (disposición final segunda).

- la Ley de Contratos, por otro lado, ha derogado el Reglamento General de Contratación de las Corporaciones Locales, pero no ha derogado expresamente los demás preceptos de régimen local que tratan de la contratación administrativa local dejando así abierta la duda sobre su vigencia o sobre su posible derogación por oposición a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (disposición derogatoria única).

B) Los Organismos Autónomos

Los Organismos autónomos deben ajustar su actividad contractual, en todo caso, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En efecto, del propio tenor del artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se infiere tal conclusión, cuando afirma dicho precepto legal que

“deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso (...)”.

Dicho precepto contiene una mención explícita a los Organismos autónomos, sin distinción de clase (“en todo caso”), que, por ejemplo, no figura en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 2.2), y de lo que se desprende que tanto los de carácter administrativo como los de carácter comercial, adminis-

trativo, financiero o análogos –clasificación tradicional en el ordenamiento patrio– carecen de diferencias de régimen en la aplicación de la ley, a excepción, como luego se verá, de los contratos de suministro relativos a actividades directas (artículo 3.1.f)).

El criterio de incluir a los Organismos autónomos, sin distinción, en el ámbito de aplicación subjetiva de la legislación sobre contratos es congruente con la propia naturaleza jurídica de estas entidades públicas de carácter institucional. Se tratan los Organismos autónomos de entidades que actúan con sometimiento general al derecho público en sus relaciones externas, tal como establecía anteriormente la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y actualmente la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.1 de esta última:

“Los organismos autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos”.

Respecto al régimen de contratación aplicable a los Organismos Autónomos, el apartado cuarto del artículo 60 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social antes citada dispone:

“El régimen de contratación será el establecido en el artículo 49 de la citada Ley 6/1997, y les será de aplicación lo previsto para los Organismos autónomos de carácter

comercial, industrial, financiero o análogo, en el artículo 3.1.f) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Por su parte, el artículo 49.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado prevé:

“La contratación de los organismos autónomos se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas”.

Tales prescripciones normativas constituyen fundamento suficiente para afirmar que los Organismos Autónomos son Entidades de Derecho Público creadas por Ley cuya actuación se somete a las reglas del Derecho público, incluido el régimen de contratación, de tal suerte que su inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, es incuestionable.

Avala, por lo demás, tal criterio el hecho de que dicho precepto no distingue entre Organismos Autónomos administrativos o comerciales, industriales, financieros o análogos, de tal suerte que la inclusión en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley es referible a los Organismos Autónomos “en todo caso”.

C) Las restantes Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas

La Ley se refiere a continuación a “las restantes Entidades de Derecho Público”, de donde se infiere que la nueva legislación de contratos, en consonancia con las determinaciones de la Ley de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tiende a diseñar una categoría o género de entidades públicas de carácter institucional –las “Entidades de Derecho Público”– que comprende cuantas organizaciones se configuran con forma pública de personificación, como los Organismos autónomos ya citados y las restantes entidades públicas, incluidas por tanto las que se someten al ordenamiento jurídico privado.

Ahora bien, mientras en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre el criterio de aplicación a dichas entidades instrumentales es el ejercicio de potestades públicas (“cuando ejerzan potestades administrativas”); en la Ley 13/1995, de 18 de mayo la clave es un conjunto de requisitos, atinentes a la caracterización de los “organismos de Derecho público” como “poder adjudicador”, término éste tomado “ad pedem literae” del ordenamiento comunitario europeo (que distingue acaso erróneamente entre “poder público” y “empresa pública”), y que, como ha quedado expuesto, son los siguientes:

a) que hayan sido creadas (las Entidades de Derecho Público) para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que se trate de Entidades en las que concurra alguna de estas circunstancias:

- o bien, su actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras Entidades de Derecho Público,
- o bien, su gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas,

- o bien, sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras Entidades de Derecho Público (artículo 1.3).

3.2 ENTIDADES PARCIALMENTE INCLUIDAS

Quedarán sujetas en parte a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo que concierne a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, en los siguientes supuestos:

a) Las entidades de derecho público no comprendidas en el artículo 1, respecto de los contratos de obra, consultoría y asistencia técnica o de servicios celebrados siempre que su importe (excluido el IVA) supere los umbrales legalmente exigidos, y siempre que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas.

b) Las prescripciones del apartado anterior son igualmente de aplicación a los contratos de obra (clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de la Comunidad), los de construcción de hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras, siempre que sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, y éste supere los umbrales legalmente establecidos.

3.3 ENTIDADES EXCLUIDAS

Por último, quedarán excluidas del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se hallan expresamente excluidos:

a) Por una parte, los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos cuando celebren contratos de suministro derivados de sus actividades mercantiles, “si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en el ejercicio de sus competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley “ (artículo 3, apartado f).

b) Las Entidades de Derecho Público que, bien hubieren sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de carácter industrial o mercantil, bien no estuvieren sometidas a control, financiación o influencia dominante en sus órganos rectores por la Administración de la que dependen o están vinculadas (artículo 2.3).

c) Por último, las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, que exclusivamente “se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios” (disposición adicional sexta).

Ello ciertamente a excepción de aquellos supuestos contemplados en las prescripciones legales antes citadas que han venido a someter expresamente a determinadas sociedades estatales, cuyo

objeto es la promoción y construcción de infraestructuras públicas viarias e hidráulicas, a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en lo concerniente a la fase interna de formación de la voluntad contractual de la Administración contratante en sus relaciones contractuales con terceros.

3.4 REFERENCIA ESPECIAL AL SUPUESTO DE APLICACIÓN A LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS DE LAS REGLAS DE CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LAS TELECOMUNICACIONES

Mención aparte merecen las Entidades que operan en los denominados “sectores excluidos” de las normas generales sobre contratación: agua, energía, transportes y telecomunicaciones, y que han sido objeto de regulación por la Directiva 93/38/CE, y 92/13/CE incorporadas al ordenamiento nacional interno en virtud de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

El régimen específico de tales sectores comprende no sólo a los “poderes públicos” (entendido este término en el sentido que resulta del ordenamiento comunitario europeo, esto es, como “poderes adjudicadores”) sino también a las “empresas públicas” (sociedades públicas organizadas bajo forma mercantil), e incluso, y esto constituye una importante novedad en el ordenamiento español, a otras entidades que sin ser poderes públicos ni empresas públicas (pueden ser privadas y desempeñar tales actividades en virtud de un derecho especial o exclusivo otorgado por la Administración) ejerzan, entre otras actividades, las contempladas en las normas comunitarias y nacional antes citadas, o varias de estas actividades, y gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

Pues bien, la actividad de tales entidades en los sectores específicos antes citados quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas las entidades de derecho público y entidades privadas que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones –sectores comúnmente denominados “excluidos”– y, consiguientemente, sometidos a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por las que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

4 DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de abordar la cuestión atinente al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 13/1995 en varias ocasiones:

a) En los dictámenes núms. 2.718/95, de 14 de diciembre de 1995; 555/96, de 28 de marzo de 1996 y 2.962/96, de 3 de octubre de 1996, la Sección 8ª del Consejo de Estado entendió que el Instituto Español de Comercio Exterior, el Centro de Desarrollo Tecnológico Industrial y el Instituto para el Ahorro y la Diversificación de la Energía, respectivamente, no estaban incluidos en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Entendían tales dictámenes –en contra del parecer expresado por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado– que las entidades a que se referían tales consultas habían sido creadas y tenían como finalidad satisfacer necesidades que gozan del carácter industrial o mercantil exigido por el artículo 1.3

de la Ley, lo que les excluía por tal condición del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Añadían tales dictámenes que “cualquiera que sea la calificación administrativa que merezca esta actividad (la de fomento) dentro del esquema clásico, lo que no puede negarse es que sirve intereses generales de política económica que trascienden los del propio sector y contribuye a satisfacer necesidades que indudablemente tiene carácter mercantil (o industrial, según el caso)”.

b) Más recientemente, en el dictamen núm. 499/99, de 4 de marzo de 1999, emitido en relación al Proyecto de Real Decreto de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El artículo 23 del proyecto optaba por excluir la aplicación de la legislación administrativa de contratos en virtud de lo prevenido en el artículo 1.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

El Consejo de Estado, en este caso, ha entendido que “el Instituto de Crédito Oficial desarrolla una actividad de fomento económico, orientada a satisfacer necesidades de interés general que no tienen, en principio, carácter industrial o mercantil, dado que no concurre el ánimo de obtener un beneficio económico en sí mismo, finalidad ésta que constituye una de las notas esenciales de la mercantilidad”. Y concluyó, en consecuencia, que debía “modificarse la redacción del artículo 23 del proyecto de Estatutos consultado a los efectos de sujetar la contratación del ICO a la normativa administrativa de contratos; un sometimiento al derecho público que debe garantizarse, cuando menos, en relación con la formación de la voluntad contractual de este Organismo público, sin perjuicio, por tanto, de que los contratos que celebre puedan

ser de naturaleza privada y de que se produzca la correspondiente dualidad jurisdiccional en relación con su eventual enjuiciamiento, en virtud de la técnica de los actos separables”. A dicho dictamen se formuló voto particular por uno de los Sres. Consejeros de la Comisión Permanente, ponente de los anteriormente aprobados en sentido opuesto.

En términos similares se pronuncian otros dictámenes de fecha reciente (junio y diciembre de 1999), emitidos en relación a los Proyectos de Reales Decretos de adaptación de la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre y del Organismo Nacional de Loterías y de Apuestas Mutuas del Estado a la Ley 6/1997, de 14 de abril.

Ciertamente este deseable sometimiento de la contratación de los entes de la índole de los indicados garantiza comporta una realización más efectiva de los principios de concurrencia y publicidad en la contratación del sector público.

5 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DOCTRINA DE LA JUNTA CONSULTIVA

Tal cuestión se ha planteado igualmente en sede jurisprudencial (la Sentencia de 16 de octubre de 1990 se discute la inclusión o no en la órbita del régimen contractual público del Instituto Cartográfico, y también ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (el Informe 45/1995, de 21 de diciembre de 1995 estableció que el Instituto Cervantes, encargado de promover la enseñanza y el estudio del español, estaba sujeto a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas con las especialidades del artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo relativo a los contratos celebrados en el extranjero).

6 NOVEDADES

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el Texto Refundido posterior, prácticamente no inciden en lo que concierne a las reglas y criterios de delimitación del ámbito de aplicación subjetiva del régimen contractual pública, a excepción de lo que se refiere a la actualización de las cifras contenidas en el artículo 2 de la Ley, lo que merece ciertamente un juicio de reproche en la medida en que hubiere sido una buena ocasión para reconducir las desviaciones precedente y afirmar la aplicación generalizada del sistema de contratación pública en la Administración Pública española, sin perjuicio de las salvedades a que hubiere lugar respecto a ciertas entidades empresariales.

Por otro lado, la Ley sigue omitiendo cualquier referencia a los órganos constitucionales o de relevancia constitucional del Estado.

Pese a todo y aunque la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –a diferencia de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a efectos estrictamente procesales– no menciona a las Administraciones auxiliares de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional (Congreso de los Diputados y Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado, etc.), los contratos celebrados por las organizaciones burocráticas de tales instituciones se rigen por la legislación reguladora de la contratación pública y están sometidos ciertamente a fiscalización por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por el contrario, las novedades introducidas en esta materia son ciertamente menores:

a) Se precisa que los contratos celebrados en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, les son aplicables los umbrales previstos en la Directiva 93/38/CEE (disposición adicional undécima).

Y, por tanto, que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en los términos anteriormente expresados, las entidades de derecho público y entidades privadas que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones –sectores comúnmente denominados “excluidos”–, que quedan sometidos a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por las que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

b) Respecto al régimen de la contratación de las entidades locales (unificado por imperativo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que deroga el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales), se modifica el artículo 188.1 (introduciendo una referencia al artículo 146.3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales) y la disposición adicional novena (se modifican los límites para la utilización del procedimiento negociado y los relativos a los contratos menores; se regula la composición de la Mesa de Contratación; se establece el carácter potestativo de las Juntas de Contratación; y se determina que los consorcios con participación pública mayoritaria quedan sujetos a la Ley 13/1995.

7 CONCLUSIONES

Expuesto lo que antecede, a nadie se le ocultará que la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley es una de las cuestiones clave de sistema de contratación públicas y además arduamente debatida.

La cuestión es que la reducción de su ámbito de aplicación se interpreta como un intento de huir del derecho público que facilita la abusiva utilización de los fondos públicos y contraviene los principios de igualdad, publicidad y concurrencia; la extensión de éste, por el contrario, como una garantía de objetividad y transparencia.

El estado actual de la cuestión no es en absoluto satisfactorio. En efecto, el amplio elenco entidades públicas instrumentales existente en la organización administrativa española y la servidumbre que acarrea la transposición al ordenamiento interno de las normas del derecho comunitario europeo, unido a la preocupante tendencia de aplicación a las Administraciones Públicas del derecho privado y de las técnicas gerenciales privadas, son circunstancias relevantes que hacen difícil, aunque no inviable, establecer criterios claros de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Siendo esto así, es lo cierto que cada vez se hace más acuciante un replanteamiento de los esquemas legales vigentes en aras de garantizar mayor transparencia y objetividad en la actividad contractual de las Administraciones Públicas, y sobre todo mayores cotas de seguridad jurídica entre quienes contratan con los poderes públicos.

III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES

La segunda cuestión que debe ser objeto de consideración es la atinente a la delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no incide en absoluto sobre la delimitación del ámbito objetivo de aplicación.

Interesa señalar “prima facie” que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas reproduce el principio de libertad de pactos (artículo 4) en los mismos términos que la anterior Ley de Contratos del Estado (artículo 3) que rige la contratación administrativa. Con arreglo a ese precepto,

“La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”.

Tales contratos quedan sometidos, con carácter general, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bien totalmente, bien parcialmente —en función de su concreta naturaleza jurídica—, salvo aquellos casos que la Ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación (artículo 3).

Y es que los contratos celebrados por las Administraciones Públicas pueden ser; a) contratos y negocios incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley; o b) contratos y negocios excluidos de su ámbito de aplicación.

1 CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los contratos celebrados por las Administraciones Públicas incluidos dentro del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrán tener, a su vez, carácter administrativo o privado.

Así resulta de lo preceptuado por el artículo 5.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, a cuyo tenor:

“Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.”

2 NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

No obstante lo anterior, el artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas excluye de la regulación general contenida en la propia Ley a determinadas figuras jurídicas, a las que, genéricamente, denomina negocios y contratos.

Entre dichas figuras se incluyen, junto a relaciones jurídicas de fisonomía claramente no comercial –como la de servicios que liga a los

funcionarios públicos con la Administración—, otras de naturaleza claramente contractual, si bien que caracterizadas por su sometimiento a regímenes jurídicos peculiares respecto del común estatuido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por ello, aun cuando una entidad pública, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, pueda encontrarse incluida en el ámbito de aplicación de la Ley, no todas las relaciones jurídicas de orden contractual de que pueda ser parte están inexorablemente sometidas a la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Según reza el apartado I del mencionado precepto legal:

“Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:

a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.

b) Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios.

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí.

d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo

excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

e) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público.

f) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los Organismos autónomos de las Administraciones Públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.

g) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra o relativos a los contratos regulados en el Título IV, Libro II de esta Ley destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.

h) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.

i) Los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional.

j) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

k) Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España”.

Dentro de las figuras negociales enunciadas por dicho precepto hay que distinguir: a) los negocios no encuadrables dentro de las dos categorías, públicos o privados, en que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas clasifica los contratos de la Administración, por hallarse regidos por normas ajenas al Derecho administrativo; y b) aquellos otros que, aun subsumibles en alguna de las categorías contractuales establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por razón de la peculiaridad de su objeto, se sujetan a una regulación especial.

Merecen especial atención dos de las figuras negociales enunciadas que, por su frecuente utilización en la práctica administrativa y su trascendencia práctica, adquieren relevancia en el tráfico jurídico administrativo. Estas figuras son los denominados “convenios de colaboración” tipificados en el artículo 3.1, apartados c) y d), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, celebrados por las Administraciones Públicas con otras Administraciones y entidades públicas (apartado c)) o con personas físicas y jurídicas de Derecho privado (apartado d)).

Su peculiar configuración, unido al hecho de que la relación jurídica que deriva de tales convenios no responde en ocasiones a una de las figuras contractuales incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lleva a considerar que algunos contratos celebrados por las Administraciones Públicas deben reputarse convenios de colaboración de los tipificados en el artículo 3, apartados c) y d), de la Ley de Contratos.

Por otro lado, ha de tenerse en consideración que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha sostenido que no debe hacerse de la utilización de estas figuras una interpreta-

ción tal que “llevaría a la conclusión de la posible existencia de los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado, lo cual evidentemente no ha sido la finalidad perseguida por el legislador (...)” (Informes núms. 15/1989 y 3/1993).

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable, es opinión mayoritaria de la jurisprudencia y de la doctrina más autorizada que tales convenios tienen naturaleza jurídico administrativa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1990 afirma categóricamente que

“los convenios de colaboración son contratos de naturaleza administrativa (...), por cuanto es clara la presencia negocial de la Administración del Estado, como tal, con otra persona jurídica (...)”.

Se tratan, por tanto, tales convenios de relaciones bilaterales concertadas por las Administraciones Públicas con otras Administraciones y con entidades privadas, sometidos plenamente al ordenamiento jurídico administrativo, y no al privado, de tal suerte que las cuestiones litigiosas o controversias que puedan suscitarse con ocasión de la interpretación, cumplimiento y efectos de este negocio jurídico de Derecho público son competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo (artículo 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y artículos 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Con todo, y a pesar de que su naturaleza jurídico pública sea patente, debe recordarse que el artículo de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas prevé la exclusión de los convenios de colaboración ahora examinados del ámbito de aplicación de la legislación reguladora del régimen contractual público.

En efecto, la figura jurídica de los convenios de colaboración aparecen, como negocios jurídicos diferenciados, encuadrables en la categoría genérica de los negocios o contratos de Derecho público, al hallarse sometidos a Derecho administrativo, pero excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como se ha dicho anteriormente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, “quedan fuera del ámbito de la presente Ley”, entre otros supuestos:

“c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismo autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí”.

“d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebra la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales (...)”.

En igual sentido se pronuncia el apartado cuarto del artículo 2 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

No obstante la consideración de tales convenios como negocios excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe también centrarse la atención sobre el hecho de que el apartado segundo del citado artículo 3 de la Ley 13/1995 preceptúa que

“los supuestos contemplados en el apartado anterior (negocios y contratos excluidos) se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

A la luz de tales reglas jurídicas, resulta que el presente Convenio tiene, como se ha dicho, inequívoca naturaleza jurídico-administrativa y que está excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero también que esta última opera, en cuanto hace a sus “principios”, en fuente de aplicación supletoria.

Ciertamente la problemática que encierran estos convenios de colaboración, como ha subrayado la doctrina, es la relativa a la aplicabilidad de la institución contractual a efectos de caracterizar su naturaleza.

El Consejo de Estado ha entendido que bajo la figura de los convenios de colaboración de las características de los ahora examinados es posible apreciar la existencia de auténticos contratos a tenor del artículo 1254 del Código Civil (dictámenes núms. 38.966, de 21 de marzo de 1974; 1.936/94, de 27 de octubre de 1994; 3.137/96, de 17 de octubre de 1996; y 4.405/98, de 18 de marzo de 1999).

Dice el Consejo de Estado en su dictamen núm. 3.137/96, de 17 de octubre de 1996:

“Los convenios de colaboración (...) son auténticos contratos a tenor del artículo 1254 del Código Civil, sobre los que recae una superposición de regímenes jurídicos (...)”.

Desde esta perspectiva, y aun cuando el convenio pueda reputarse como un auténtico contrato, entendido éste en sentido civil como simple convenio o acuerdo bilateral, el perfil de convenio de cooperación del acuerdo suscrito aparece nítidamente, aunque es claro que no resulta un contrato típicamente administrativo.

Sentado lo anterior, es de advertir que tales acuerdos contractuales se encuentran sometidos a una superposición de regímenes jurídicos sobre los que no resulta ocioso detenerse.

De su propia formulación se deduce que está comprendido dentro del artículo 3, apartados c) y d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Significa ello, como antes se afirmaba, que están fuera del ámbito objetivo de dicha Ley (como ya señalara el Consejo de Estado en los dictámenes antes citados), y que, 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 inspiradores de la contratación administrativa, como resulta de lo prevenido en el apartado segundo del mencionado artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del propio tenor, en muchas ocasiones, del clausulado de los convenios a cuyo articulado se remite expresamente como fuente supletoria, así como el Derecho común.

Resulta, como resumen, lo que sigue:

- A)** Que la Administración y las entidades privadas pueden concertar convenios de colaboración cuyo objeto consiste en la regulación de una actividad de interés público.
- B)** Que tales convenios suelen tener naturaleza eminentemente jurídico-administrativa, como se infiere de su propio objeto y finalidad.
- C)** Que dichos convenios de cooperación participan de la naturaleza de los acuerdos contractuales, aunque no pueden reputarse “stricto sensu” contratos administrativos.
- D)** Que, en consonancia con lo anterior, tales acuerdos contractuales se rigen en primer lugar por sus propias reglas (conforme al principio de libertad de contratación que preside este acuerdo ajeno a los contratos administrativos y en función de la regla de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil).
- E)** Que, supletoriamente, se aplicarán las reglas de la contratación pública para atender a cuanto no haya sido expresamente reglado y, en su defecto, las reglas del Derecho común.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

I CONSIDERACIONES GENERALES

En el ordenamiento español, como destaca el Consejo de Estado en su dictamen nº 1270/93, de 2 de diciembre de 1993, emitido en relación al anteproyecto de Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, la distinción entre los contratos privados de la Administración sometidos al régimen de Derecho privado y los contratos sometidos plenamente al derecho administrativo, ha sido en la doctrina, en la práctica administrativa y en el ámbito jurisdiccional —cuando se ha residenciado ante los Tribunales una discrepancia entre la Administración y los contratistas— una fuente de dudas, de consumo, de tiempo y esfuerzos, habiendo generado, no sin frecuencia, demoras u obstáculos en la satisfacción legítima de intereses generales o intereses públicos. Importa, por ello, que las reglas a plasmar en la futura Ley de Contratos de las Administraciones Públicas acierten en la formulación de los criterios que predeterminen, sin riesgos excesivamente abiertos propicios a la controversia, cuando se trata de contratos administrativos y cuando el contrato, aun siendo parte una Administración Pública se rige por el Derecho privado, en lo que no pertenece a la llamada “zona común” de la contratación administrativa”.

2 CRITERIOS LEGALES

El artículo 5º de la mencionada Ley se ha visto afectado en su tenor por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y reza:

“1.- Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2.- Son contratos administrativos:

a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referentes a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los

contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculo.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una Ley.

3.- Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referentes a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.

3 NOVEDADES RELATIVAS A LA CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre y el Texto Refundido mantienen, por tanto, inmaculado el criterio tradicional de distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, distinguiéndose en la primera de las categorías enunciadas los supuestos de contratos administrativos típicos y los atípicos o especiales (artículo 5.1).

En la caracterización de los contratos administrativos, cuatro son las principales novedades introducidas por la nueva Ley de 1999: a)

la desaparición de los contratos que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales (artículo 5.1); b) la exclusión del carácter administrativo de los contratos comprendidos en la categoría 6 (contratos de seguros y bancarios y de inversiones) y 26 (contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos) del artículo 207 de la Ley (artículos 5.2.a) y 3 y 9.3); c) la inclusión de nuevas figuras contractuales como son los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra (artículos 12.2.c), 14.3 y 172); d) la admisión de los contratos con empresas de trabajo temporal (artículo 202).

De todas estas modificaciones, resulta pertinente centrarse en las dos siguientes:

a) En primer lugar, se suprime de la categoría de los contratos administrativos típicos “los (contratos) que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales”.

La Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1999 la justifica por “la razón de que la colaboración con profesionales que pretendía atender puede ser perfectamente articulada a través de contratos de consultoría y asistencia, evitando las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa de los contratos que ahora se suprimen han suscitado en la práctica de su aplicación concreta”.

En este sentido, la nueva Ley modifica también el artículo 197.2, apartado b), añadiendo a los contratos de consultoría y asistencia “en particular, los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica”.

b) En cuanto a la excepción del régimen de los contratos administrativos de los contratos bancarios, y su consideración como contratos privados (artículo 5.3), hay que resaltar en primer término la dificultad de precisar y deslindar esta figura con los contratos exceptuados de la aplicación de la Ley que identifica el artículo 3.1, apartado k), de la Ley como “los relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos y otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros concertados para cubrir los riesgo de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores”.

Esta previsión reduce en gran manera la sujeción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de los contratos bancarios, lo que puede conculcar el régimen contenido en la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En efecto, ninguno de los preceptos que determinan negativamente el ámbito de aplicación de la referida Directiva comunitaria (artículos 1,5 y 6) se refieren a los contratos bancarios. Por el contrario, la norma comunitaria considera contratos sujetos a la misma los de servicios financieros celebrados en atención al contrato de adquisición o arrendamiento (artículo 1.a.iii).

Por otra parte, la Directiva 92/50 tampoco excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de seguros ni a los de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos.

En definitiva, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen núm. 4.464/98, de 22 de diciembre de 1998, aprobado por el Pleno del citado Alto Cuerpo Consultivo en sesión celebrada en tal

fecha con motivo de la consulta relativa al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –contrariamente a lo que señalaba la Memoria del Anteproyecto de Ley–, no parece posible que todos estos contratos puedan ser calificados como privados “precisamente porque la Directiva 92/50/CEE establece que tales contratos tienen carácter público y, en consecuencia, se configuran como contratos administrativos” (en idéntico sentido, cabe citar el dictamen del referido Alto Cuerpo Consultivo núm. 2.992/1996, de 5 de diciembre de 1996, relativo al Proyecto de Real Decreto sobre el Régimen de las Cuentas del Tesoro Público en Entidades de Crédito distintas del Banco de España).

En términos similares, en el Informe del Consejo Económico y Social de 27 de mayo de 1998 se sugiere que la Memoria del Anteproyecto debería explicitar las razones de tal exclusión, advirtiéndose, a su vez, de las dudas interpretativas que se plantean al relacionar el artículo 5 con el artículo 3.1.k) de la Ley 13/1995.

En consonancia con las advertencias del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social, se presentaron las enmiendas nº 3, del Grupo Parlamentario Mixto y nº 57, del Grupo Parlamentario Socialista, en virtud de los cuales se pretendía la supresión de la caracterización como privados de los contratos de seguros, bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos.

Con independencia de lo anterior, la nueva Ley mantiene la extensión del carácter típico de la figura del contrato administrativo no sólo a los de contenido unitario sino también a los contratos de contenido múltiple que combinen elementos materiales caracte-

rísticos de alguno de los diversos contratos típicos así calificados por la Ley. Así se infiere del tenor del artículo 4, apartado 2º, cuando afirma el carácter típicamente administrativo de “...a) aquellos (contratos) cuyo objeto directo, conjunta o separadamente...”.

Respecto de los contratos administrativos atípicos o especiales, se mantiene como criterio de calificación el del “giro o tráfico administrativo”, establecido en la Ley 13/1995, unificando los criterios de conexión instituidos por la legislación precedente, y consolidando un cuerpo de doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo ciertamente expansiva del ámbito natural de los contratos administrativo en detrimento de los contratos privados, pero ciertamente también garante de que ciertos contratos permanezcan en el orden jurídico administrativo, a pesar de su honda raíz civil.

Por último, la determinación del ámbito propio de los contratos privados de la Administración se articula doblemente: de una parte, a través de un criterio residual, que permite afirmar el carácter privado de aquellos contratos que no quedan comprendidos en las categorías anteriores –contratos administrativos típicos y contratos administrativos especiales–; y de otra, de manera expresa, estimando privados los contratos de compraventa, permuta, donación, arrendamiento y cualquier otro negocio jurídico análogo que tenga por objeto bienes inmuebles –dado que los bienes muebles pueden ser objeto del contrato típicamente administrativo de suministro–, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos de seguros y bancarios y de inversiones.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que reconoce en su artículo 5.1 que “los contratos que celebre la

Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado”, dispone en su apartado 3 cuales serán contratos privados, variando su contenido perceptiblemente en coherencia con la modificación de la relación de contratos administrativos típicos:

“3.- Los restantes contratos celebrados por la Administración (excluidos los contratos administrativos típicos y especiales) tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207, referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculo”.

A la vista del tenor de dicho precepto, cabe afirmar que los contratos privados de la Administración se definen con arreglo a dos criterios, a saber: de una parte, uno de carácter “residual”, referido a los contratos no incluidos en las dos anteriores (contratos administrativos típicos y especiales o atípicos); y de otra, de modo expreso, imputando de modo explícito el carácter “iusprivado” de los contratos de compraventa, permuta, donación, arrendamiento y cualquier otro negocio jurídico análogo que tenga por objeto bienes inmuebles (no muebles, dado que éstos pueden ser objeto del contrato administrativo típico de suministro), propiedades incorpóreas (derechos de propiedad intelectual e industrial) o valores negociables, así como contratos de seguro, bancarios y de inversiones o de creación e interpretación artística y literaria o de espectáculos, en los que la Administración no pretenda más que

una finalidad negocial y patrimonial, ajena a cualquier forma de actividad administrativa.

De lo anteriormente expresado resulta que el ámbito propio de la esfera de la contratación privada de las Administraciones Públicas a tres concretas áreas o sectores:

a) En primer lugar, son privados los denominados “contratos patrimoniales”, entendiéndose por tales los que versen sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos de seguros y bancarios y de inversiones. Se rigen por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso concreto (artículo 9.1 in fine).

b) Quedarían igualmente encuadrados dentro de la categoría de los contratos privados de la Administración, los contratos no patrimoniales cuyo objeto no tienda a la satisfacción directa e inmediata de una finalidad de interés general en los términos expuestos anteriormente.

c) Y, por último, los contratos celebrados por determinadas Entidades de Derecho público que sujetan su actividad al ordenamiento privado, con las limitaciones derivadas de su aplicación parcial por lo que hace a la capacidad, publicidad, selección del contratista y formas de adjudicación (artículo 2), así como los contratos celebrados por las sociedades mercantiles de capital público, que deberán sujetar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional sexta).

Por otra parte, la determinación del espacio propio de la contratación privada de la Administración viene en parte condicionada por el ámbito material en el que se inscribe la contratación admi-

nistrativa atípica, toda vez que la expansión experimentada de relaciones obligatorias de la Administración sujetas al régimen contractual administrativo, parece relegar la virtualidad de los contratos privados a los contratos eminentemente “patrimoniales”, desvinculados de la idea de conexión con el giro o tráfico específico de la Administración contratante o de ser instrumentos idóneos para la satisfacción directa de una finalidad directa e inmediata de interés público.

Interesa, por último, señalar, en cuanto hace al régimen jurídico aplicable a los contratos privados de la Administración, que su carácter de “privado” no comporta la sumisión íntegra de éstos al ordenamiento privado. En efecto, la aplicación de las reglas sustantivas del Derecho privado al contenido y efectos de la relación contractual, no impide que los actos relativos a la preparación y adjudicación del contrato se rijan por el Derecho administrativo. En los contratos privados se produce de forma constante una dualidad en el régimen jurídico aplicable, a saber: las “reglas administrativas” aplicables a la competencia, preparación y adjudicación del contrato; y las “reglas de Derecho privado” en orden a la regulación del contenido y fondo de la regulación contractual. Efecto asociado de la dualidad de regímenes jurídicos aplicables es la dualidad de jurisdicciones competentes en orden a conocer de las cuestiones que eventualmente puedan suscitarse en el marco de la relación contractual.

El artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos privados de la Administración, que

“se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por

la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado”.

Y agrega, que

“a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y más negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas”.

En relación a los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos,

“se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los capítulos II y III del Título IV, Libro II, de esta Ley”.

Consecuencia directa e inmediata de la dualidad de regímenes jurídicos aplicables al contrato privado concertado por la Administración es, la dualidad de jurisdicciones competentes para conocer de los litigios contractuales suscitados, a saber: la Jurisdicción Contencioso-Administrativa si se trataba de pretensiones impugnatorias deducidas frente a los actos administrativos preparatorias o de adjudicación –separables del resto de la relación contractual–; y la Jurisdicción Civil, caso de versar la controversia respecto del fondo del vínculo contractual.

“El orden jurisdiccional civil –según reza el artículo 9º apartado 2 de la Ley 13/1995– será el competente para resolver las contro-

versias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción”.

4 OTRAS NOVEDADES

Por último, en virtud de la nueva Ley resultan afectados: a) los contratos menores (artículo 57), que se definirán exclusivamente por su cuantía, no requerirán para su tramitación más que la aprobación del gasto y su incorporación a la factura, y no podrán ser objeto de duración superior a un año, ni susceptibles de prórroga ni revisión de precios; b) los contratos celebrados por el Ministerio de Defensa (artículos 117.5, 176.2, 183.k) y 211.i)) que se someten a las prescripciones de la Ley; y c) las actividades docentes (artículo 201), que se exceptúan del régimen de preparación y adjudicación, se prevé el pago parcial anticipado, previa constitución de garantía por el contratista, y se prohíbe la cesión del contrato.

V. LOS CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Uno de los obstáculos con los que tropieza la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos públicos es la dificultad en la percepción de los criterios determinantes de su calificación jurídica administrativa o no administrativa.

El Consejo de Estado y el Tribunal Supremo han intentado a tra-

vés de numerosos dictámenes y sentencias sentar criterios válidos para averiguar la verdadera naturaleza jurídica de un contrato, de los que se puede extraer, en síntesis, los que siguen:

A) La calificación de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas como contratos administrativos o como contratos privados es cuestión que debe dilucidarse a la vista de las declaraciones contractuales, esto es de los términos y estructura de cada acuerdo de voluntades (dictámenes núms. 42.350, de 2 de noviembre de 1979 y 44.443, de 15 de julio de 1982).

B) Las declaraciones contractuales de renuncia a la aplicación del Derecho del fuero o de aplicabilidad al caso de la legislación de contratos administrativos, no pueden alterar la naturaleza contractual que se derive de su propia estructura (dictamen núm. 44.443, de 15 de julio de 1982).

C) La naturaleza jurídica de una relación contractual es indisponible para las partes; aquélla dependerá de la estructura misma de la relación, sin que necesariamente las declaraciones contenidas en el clausulado contractual comporten un cambio en la naturaleza jurídica” (dictamen núm. 52.375, de 22 de septiembre de 1988, y I.100/95, de 11 de octubre de 1995).

D) La sumisión expresa al ordenamiento privado por disposición de la voluntad negocial y la existencia de una cláusula contractual reservando a la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación a la interpretación o cumplimiento del contrato, no implican necesariamente la necesaria subsunción del negocio jurídico en la categoría de los contratos privados (dictamen del Consejo de Estado núm.

42.350, de 2 de noviembre de 1979, y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1960).

E) Y, por último, que para la determinación de la naturaleza jurídica del negocio contractual debe atenderse a u análisis sustantivo del contenido y de todos sus términos, sin que sean determinantes la forma de celebración, la denominación dada por las partes intervinientes, ni las declaraciones negociales de sometimiento a un determinado régimen jurídico u orden jurisdiccional (dictamen núm. 1.100/95, de 11 de octubre de 1995, y Sentencias de 11 de marzo de 1985, 26 de noviembre de 1985 y 14 de abril de 1990).

El ordenamiento positivo contiene ciertas prescripciones al respecto. En efecto, el artículo 11 del Reglamento General de Contratación del Estado dispone que en los contratos administrativos especiales,

“deberá el órgano de contratación incluir en el mismo las cláusulas pertinentes declaratorias de aquél carácter y de las prerrogativas administrativas”.

Mayor precisión parece exigir el artículo 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, afectado en buena medida por la nueva Ley 53/1999, de 28 de diciembre, a la hora de calificar un contrato como “contrato administrativo especial”, estableciendo que el pliego de cláusulas administrativas particulares debe hacer constar:

- a) Su carácter de contratos administrativos especiales.*
- b) Las garantías provisionales y definitivas.*
- c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el artículo 60.1.*

- d) *El alcance de las prórrogas, sin que puedan producirse las mismas por mutuo consentimiento tácito.*
- e) *Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente.*

- f) *La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que pudieran suscitarse en relación con los mismos”.*

Dicho precepto legal –continuista pero a la vez innovador de la legislación precedente– tiene por objeto precisamente introducir por vía legal criterios indiciarios que permitan precisamente garantizar una clara distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados de la Administración en los que se vienen denominando “zonas de penumbra” o “zonas de fricción” en el seno de la contratación pública.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, venía exigiendo, con anterioridad, como manifestación o exteriorización de ese fin de “interés público” condicionante del eventual carácter jurídico-administrativo del vínculo contractual, su constancia, bien en las bases del concurso, en el pliego de condiciones que rige la licitación o en la escritura pública que formalizó la venta, en su caso (Sentencias de 30 de octubre de 1983, 11 de noviembre de 1985 y 8 de marzo de 1986).

En todo caso, entendemos que el carácter administrativo o privado de un contrato sólo puede inferirse de un análisis “sustantivo” del mismo, atendiendo fundamentalmente a su objeto y finalidad, sin que sean a veces determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional.

VI. SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN: ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE Y CONTRATISTAS. REFERENCIA ESPECIAL A LOS SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES

Otra de las cuestiones a considerar es la atinente a los sujetos de la contratación; esto es, la Administración contratante y el contratista, y ello sin olvidar la figura de los subcontratistas y suministradores del contratista, que sin ser partes en la relación contractual pública, como terceros que ejecutan en parte prestaciones del contrato o proveen al contratista, ostentan una posición relevante, sobre todo en lo que hace a ciertos contratos, y sus derechos deben ser objeto de tutela.

I ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE: ORGANOS, MESAS Y JUNTAS DE CONTRATACIÓN

I.1 EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Los órganos de contratación en la Administración General del Estado son los siguientes:

- a) La competencia ordinario como órgano de contratación corresponde a los Ministros (en línea con lo ya establecido por el artículo 14.11 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957) y a los Secretarios de Estado (establecido por la Ley 13/1995, de 18 de mayo) (artículo 121 del Texto Refundido).
- b) Para los contratos celebrados en el extranjero, es competente el Ministro de Asuntos Exteriores (artículo 117.1, apartado a).

c) Los órganos de contratación de los Organismos Autónomos y de las demás entidades de derecho público son sus representantes legales, y los de las Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Tesorería General de la Seguridad Social y Gerencia de Informática) son sus directores generales, pudiendo contratar dentro de los límites fijados por los titulares de los departamentos ministeriales a que aquellos organismos o entidades se hallen adscritos; superando el umbral de esas cuantías necesitarán autorización del departamento ministerial de tutela del que dependen o estén adscritos (actualmente tal cuantía está fijada en 150 millones de pesetas, según la disposición transitoria tercera de la Ley).

d) El órgano de contratación ejerce las siguientes competencias: a') ordena iniciar las actuaciones preparatorias del contrato; b') aprueba el expediente de contratación y el gasto; c') acuerda la adjudicación (excepto en materia de concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas, que siendo el Ministro o el Secretario de Estado el órgano de contratación, la adjudicación corresponde al Gobierno por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros); y d) decide las cuestiones planteadas con ocasión de la interpretación o cumplimiento del contrato (interpretación, modificación, resolución, etc.).

1.2 MESA DE CONTRATACIÓN

El órgano de contratación competente para la adjudicación del contrato deberá estar asistido por una Mesa de Contratación, constituida para el concreto acto licitatorio, y que es la encargada de formular la propuesta de adjudicación al órgano de contrata-

ción, que si separa de su criterio deberá motivar su decisión (artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

1.3 JUNTAS DE CONTRATACIÓN

Pueden constituirse también Juntas de Contratación (existentes en los departamentos ministeriales y en la mayor parte de los organismos autónomos) para los contratos de suministros que se refieran a “bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso” (artículo 12.4, apartado b)).

Y para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas, entendiéndose esta última expresión, según Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26 de julio de 1995, como aquellas sujetas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda (Dirección General de Patrimonio) la competencia para declarar de “adquisición centralizada” el mobiliario, material y equipo de oficina y otros bienes entre los que destacan los equipos y sistemas para el tratamiento de la información.

El proceso de adquisición centralizada de estos bienes se inició en 1968 (Decreto de 16 de diciembre de 1968) por el que se organizó el Servicio Central de Suministros de Material Mobiliario y de Oficina y se regularon las Juntas de Compras de los Ministerios civiles. Continuó después con el Decreto de 21 de diciembre de 1973, por el que se extendió a los organismos autónomos el régimen de adquisición a través del Servicio Central de Suministros, del material mobiliario y de oficina y ha seguido después con diversas Ordenes ministeriales; por su parte, la disposición adicional

sexta de la Ley de 13 de julio de 1983, de Presupuestos Generales del Estado para ese mismo año 1983, contribuyó a consolidar el régimen de adquisición centralizada de bienes.

I.4 NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 53/1999, DE 28 DE DICIEMBRE

Un bloque de modificaciones relevantes operadas en virtud de la Ley 53/1999 son las atinentes a la Administración contratante, introduciéndose las siguientes modificaciones:

Se regula el supuesto de intervención de diversos órganos de contratación y se admite la posibilidad de que los entes públicos instrumentales puedan constituir Juntas de Contratación (artículos 12 y 70), pretendiendo con ello resolver la situación creada con motivo de la existencia de diversos órganos de contratación afectados, de uno o más Departamentos ministeriales, y de diversas Administraciones o entidades cofinanciadoras, estableciendo la Ley el criterio de un “órgano único de contratación”.

Se incluyen en el apartado c) del artículo 12 de la Ley las oportunas referencias a las nuevas modalidades contractuales existentes.

Y en el apartado cuarto del mismo precepto legal se resuelve la duda interpretativa existente, aclarando la capacidad de estos entes para constituir Juntas de Contratación.

I.5 AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS

En ocasiones, el órgano de contratación precisa de autorización del Consejo de Ministros. Ello ocurre en dos supuestos:

a) cuando el presupuesto del contrato sea igual o superior a 2.000.000.000 de pesetas;

b) en los contratos de carácter plurianual cuando se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades establecido por el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria como límite al compromiso de gasto adquirido en cada Ley de Presupuestos Generales del Estado.

I.6 AVOCACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ÓRGANO ORDINARIO DE CONTRATACIÓN

El Consejo de Ministros puede asimismo avocar las competencias del órgano ordinario de contratación de forma discrecional (artículo 12 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), lo que parece contrastar con el régimen de la figura de la avocación contenido en el artículo 14 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

I.7 DESCONCENTRACIÓN Y DELEGACIÓN DE LAS FACULTADES DE CONTRATACIÓN

Es posible, por último, la desconcentración de las competencias del órgano de contratación (artículo 12.3 LC, prevista asimismo en la legislación anterior) y aunque no se cita expresamente en la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (sí por cierto en la anterior), no puede excluirse la delegación en los términos contemplados en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque la misma debe acreditarse expresamente como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1971.

2 EL CONTRATISTA

Para contratar con la Administración se exige que el ofertante y potencial adjudicatario reúna las siguientes cualidades: a) capacidad; b) solvencia técnica, económica o financiera; c) clasificación, cuando proceda; d) no hallarse incurso en circunstancia alguna determinante de la prohibición de contratar con la Administración.

2.1 CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 11.2, apartado b), de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas exige como requisito previo para contratar con la Administración

“la capacidad del contratista adjudicatario”.

Tal previsión se reitera en el artículo 15, cuando exige para contratar con la Administración que

“las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras tengan plena capacidad de obrar”.

Parece claro, pues, a tenor de este precepto, que se reconoce capacidad para contratar a las personas físicas o naturales y a las jurídicas, y como se verá después a ciertas agrupaciones de empresas que carecen de personalidad jurídica.

Resulta conveniente, en consecuencia, distinguir una triple capacidad para contratar con la Administración, a saber:

A) Contratación con personas naturales.

- B) Contratación con personas jurídicas.
- C) Contratación con entes sin personalidad jurídica.

A) *Contratación con personas naturales*

En principio, las personas físicas con nacionalidad español mayores de edad o menores emancipados (artículo 314 y ss. del Código Civil), siempre que no hayan sido declaradas incapaces para gobernarse por sí mismas, al incurrir en alguna de las causas de incapacitación previstas descritas en el Código Civil (artículo 199 y ss.) o hayan sido declaradas pródigas (artículos 294 y ss.) y, en consecuencia, estén sometidas a un régimen de tutela o curatela.

No es necesario, en todo caso, que el contratista tenga capacidad para disponer de todos sus bienes, requisito que exige el Código de Comercio para reconocer la capacidad empresarial (artículo 4 del Código de Comercio). Y ello por la sencilla razón de que algunas de las prestaciones que originan los contratos celebrados con las Administraciones Públicas no requieren el ejercicio habitual del comercio. De ahí que en estos contratos tampoco deben de tenerse en cuenta las prohibiciones que enuncia el Código de Comercio (artículos 13 y 14).

En lo que se refiere a la capacidad de los extranjeros, es de notar que se determinará según su ley nacional (artículos 9 del Código Civil y 15 del Código de Comercio), aunque debe recordarse que, en principio, “serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviera reconocida en la legislación española” (artículo 10.8 del Código de Comercio).

En todo caso, los extranjeros que no sean nacionales de Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo tienen condicionada la posibilidad de contratar con las Administraciones españolas al hecho de que en su país se permita la contratación de españoles en forma análoga; en otros términos, rige el principio de reciprocidad (artículo 23 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Debe tenerse presente que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre exceptúa de esta exigencia a las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio en relación a los contratos de obra, suministro y de consultoría y asistencia y de servicios.

Además, con relación a los contratos de obras, se exige también que el contratista posea una eventual sucursal en España con apoderados designados, todo ello convenientemente inscrito en el Registro Mercantil (artículo 24.3 y 4 del Reglamento General de Contratación).

B) Contratación con personas jurídicas

Con relación a las personas jurídicas, no parece que exista, en principio, ningún inconveniente para que las personas jurídicas puedan contratar con las Administraciones Públicas, con independencia de su naturaleza jurídica, ya se tratare de asociaciones, sociedades, fundaciones o cualesquiera otras entidades dotadas de personalidad jurídica, y ya tuvieren o no un fin lucrativo. Y esto a pesar de que inicialmente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sólo menciona a las sociedades mercantiles (artículo 15), aunque este aspecto se ha visto subsanado por el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, aprobado por Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, cuyo artículo 4 alude ya a “otras personas jurídicas”, y por la Ley

53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 13/1995, que reafirma el criterio sentado reglamentariamente.

Tal cuestión se aborda expresamente, y en sentido afirmativo, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 20/1988, de 17 de octubre, en el que se suscitó la posibilidad de celebrar contratos de asistencia con entidades y empresas no inscritas en el Registro Mercantil.

En otro Informe 3/1996, de 7 de marzo, tras recordar que las Administraciones Públicas pueden celebrar contratos con personas físicas y jurídicas que no tengan la condición de empresarios, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa justifica el uso de este vocablo, simplemente para evitar excesivas reiteraciones de los términos “persona” o “contratista”.

Por su parte, el Consejo de Estado en el dictamen núm. 1.270/93, de 2 de diciembre de 1993 –emitido en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas–, se limitó a llamar la atención sobre la incorrección del legislador ante el impropio uso en numerosos preceptos de los términos “empresa” y “empresario”, por no resultar acorde con la capacidad de cualquier persona jurídica para celebrar contratos con las Administraciones Públicas y, por ende, restrictivo en su contenido.

En tal sentido, y como antes se dijera, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introduce una modificación en el régimen de capacidad: se precisa la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil (artículo 15.2). En el apartado 3 del referido precepto se corrige la redacción anterior que parecía exigir la exi-

gencia de inscripción en el Registro Mercantil de todas las personas jurídicas, cuando, como es sabido, sólo algunas son objeto de inscripción en dicho Registro. El Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, en su artículo 4, ya corrigió tal redacción, pero se estima oportuno incorporarla al texto legal.

Admitida la posibilidad de que cualquier “persona jurídica” pueda ser contratista de la Administración, resta por señalar que el reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia, de la capacidad de obrar de estas entidades vendrá determinado por el cumplimiento de los requisitos y solemnidades exigidas por las reglas de derecho civil y de derecho mercantil atinentes a su constitución (asociaciones, sociedades civiles y mercantiles, sociedades cooperativas, fundaciones y agrupaciones de interés económico).

Las formas de acreditar la capacidad para contratar con la Administración son las siguientes:

a) Mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil, si este requisito es exigible, pues, en caso contrario, se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional, en el que constaren las normas por las que se regula su actividad inscritos, en su caso, en el correspondiente registro oficial (artículo 4 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 13/1995):

- **Asociaciones.** Para la creación de una asociación civil será suficiente la suscripción de un acta de constitución por los asociados (Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 y normas sectoriales).
- **Fundaciones.** Para la constitución de una fundación, por

el contrario, deberá estar inscrita en el correspondiente Registro (artículo 3 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y participación privada en actividades de interés general).

- **Sociedades civiles (puras o mixtas).** Las sociedades civiles tendrán personalidad jurídica siempre que sus pactos no permanezcan secretos entre sus socios y, consiguientemente no tengan trascendencia frente a terceros en el tráfico jurídico (artículo 1669 del Código Civil).

- **Sociedades mercantiles.** Las sociedades mercantiles tienen reconocida su personalidad jurídica y, por consiguiente, su capacidad de obrar desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil (artículos 118 y ss. del Código de Comercio); sin perjuicio de admitir en determinados casos la validez de los actos de las sociedades en formación (artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas), aunque la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha entendido que no cabe considerar con capacidad para contratar con la Administración a las sociedades irregulares y a las sociedades en formación, habida cuenta que la falta de publicidad legal o registral en ambas (bien porque actúen como sociedad irregular en el tráfico jurídico en un caso, bien porque la sociedad se encuentre inmersa en proceso de constitución en el otro), determina la ausencia de personalidad jurídica, que constituye “conditio sine qua non” para contratar con la Administración, excepto en el caso de la unión temporal de empresas.

- **Agrupaciones de Interés Económico.** A esta categoría me referire más adelante.

b) Cuando se trata de empresarios no españoles miembros de la Unión Europea, se atenderá a las reglas de su propio derecho para establecer su capacidad de obrar (artículos 9.11 y 15 del Código de Comercio), y será suficiente acreditar su inscripción en un registro comercial o profesional cuando este requisito sea exigido por la legislación del Estado respectivo.

c) Los empresarios extranjeros que no sean nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea deberán acreditar su capacidad de obrar (para cuya determinación también se atenderá, como en el supuesto anterior, a las reglas de su propio derecho) mediante certificación expedida por la Embajada de España en el Estado correspondiente. En ella se hará constar que figuran inscritas en el registro local profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúen con habitualidad en el tráfico local (artículo 6 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 13/1995).

En relación con las organizaciones que revisten forma jurídica de sociedades mercantiles, se plantea la cuestión de si el contrato celebrado excediéndose de lo admitido por el objeto social es o no válido en derecho.

Las opiniones doctrinales han sido ciertamente variadas a este respecto (véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 1991). Pero sobre este problema es oportuno recordar que las sociedades mercantiles tienen delimitado su objeto social en las cláusulas estatutarias, pero esto no significa que los actos contrarios o ajenos al objeto social realizados estén viciados de nulidad absoluta y radical porque se reconoce a las sociedades una capacidad general para actuar en derecho y porque la espe-

cificación de su objeto social se dirige, entre otros objetivos, a limitar las facultades de representación de los administradores de la sociedad, de tal suerte que los efectos de los actos ajenos o contrario al mismo, en principio, no se trasladan a la sociedad. Sin embargo, y para proteger a los terceros que contraten con los administradores, el derecho comunitario ha introducido la garantía de mantener la eficacia de esos actos ajenos al objeto social, quedando la sociedad obligada “frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave” (artículos 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Por lo que respecta a la contratación administrativa, la exigencia prevista en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas de que las sociedades que pretendan contratar con la Administración Pública presenten sus estatutos así como sus posteriores modificaciones reduce en gran medida las posibilidades de conflicto, pues la Administración contratante no podrá alegar, si se impugna el contrato o se pretende su nulidad, ni “buena fe” o inexistencia de “culpa grave” ya que debía conocer los términos exactos de determinación del objeto social.

C) Contratación con entes sin personalidad jurídica: uniones de empresarios

Tradicionalmente se ha admitido que las Administraciones Públicas puedan celebrar contratos con “uniones de empresarios”, que se constituyen de manera circunstancial para acometer la ejecución de un específico contrato o de varios contratos de similar naturaleza. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas modificó los términos de “agrupaciones de empresarios” –utilizada por la Ley de Contratos del

Estado de 8 de abril de 1965 (artículo 10) y por el Reglamento General de Contratación del Estado (artículo 27)— por el vocablo “uniones de empresas”.

1. Modalidades de uniones de empresarios.

Varias son las formas de concurrir unidas o agrupadas las empresas a las licitaciones públicas. Deben, sin embargo, individualizarse dentro de las uniones empresariales concertadas con fines cooperativos (Sociedades de Garantía Recíproca, Sociedades de Sociedades, Instituciones de Inversión Colectiva, Agrupaciones Europeas de Interés Económico, etc.), aquellas que tienen carácter limitado en cuanto a sus fines y duración; en concreto dos, a saber: las Uniones Temporales de Empresas y las Agrupaciones de Interés Económico.

a) La Unión Temporal de Empresas fue inicialmente objeto de regulación por la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, derogada, a su vez, por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, y ulteriormente modificada por la Ley 12/1991, de 29 de abril, reguladora de las Agrupaciones de Interés Económico.

Tal regulación tiene una relevancia mercantil, administrativa y tributaria.

Con arreglo a esta regulación, se conciben como agrupaciones de empresas las

“que se deriven de las distintas modalidades contractuales de colaboración entre empresarios, válidas según las leyes, que sin crear un ente con personalidad jurídica pro-

“... para servir para facilitar o desarrollar en común la actividad empresarial de sus miembros” (artículo 4);

mientras que tendrá la consideración de uniones temporales de empresas

“el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro” (artículo 7).

Como declaró la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 32/1984, de 15 de octubre, aunque la distinción enunciada pueda tener relevancia a efectos fiscales, es lo cierto que la diferencia entre agrupaciones y uniones temporales de empresas debía ser indiferente para la contratación administrativa, por que las agrupaciones a que se refiere la normativa de contratos pueden constituirse mediante estas u otras de colaboración entre empresarios. Estas agrupaciones de empresas resultan, pues, de un contrato asociativo que da lugar a una organización sin personalidad jurídica, y se caracterizan por estar formadas por un conjunto de empresas que manteniendo su independencia jurídica quedarán sometidas a una dirección unitaria para la obtención de fines económicos.

Con arreglo a la regulación antes citada, la Unión Temporal de Empresas (en lo sucesivo U.T.E.) se distingue por los siguientes rasgos característicos:

- No tienen personalidad jurídica propia.
- La imputación de su actividad y la consiguiente responsabilidad patrimonial recae sobre sus miembros.

- Respecto a la duración, la legislación sobre uniones temporales de empresas establece que sólo pueden constituirse por tiempo cierto que no puede exceder de diez años; que pueden tener una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto, pero siempre con el límite temporal máximo indicado; y que las uniones temporales inscritas en el Registro especial podrán obtener una prórroga de un año.

La nueva redacción dada al artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre establece expresamente su “duración”, siendo así que ésta “será coincidente con la del contrato hasta su extinción”.

- Sus miembros deben de ser empresarios, individuales o societarios.
- Su objeto principal está directamente vinculado a la ejecución de una obra o prestación de un servicio determinado.
- Su administración corresponde a un Gerente único con facultades suficientes para el cumplimiento de su objeto.
- Su constitución exige el otorgamiento de escritura pública, en la que deben hacerse constar, entre otros, los siguientes extremos:
 - Identificación de los otorgantes (nombre y apellidos o denominación o razón social), así como su nacionalidad y domicilio.
 - La voluntad de los propios otorgantes de constituir una unión temporal de empresas.

- La designación del Gerente y sus consiguientes poderes.
- El objeto de la U.T.E. con una Memoria o programa explicativo de sus actividades y medios para su realización.
- Las aportaciones al fondo operativo común, si existiese, y los modos de financiar las actividades comunes.
- La proporción o método para determinar la participación de las empresas miembros de la U.T.E. en los ingresos, gastos y resultado.
- El criterio temporal de imputación de los ingresos, gastos y resultado.
- La constitución de la U.T.E. deberá inscribirse en un Registro Especial del Ministerio de Economía y Hacienda para que pueda acogerse al régimen fiscal previsto en la legislación vigente.

b) La Agrupación de Interés Económico se encuentra regulada por la Ley 12/1991, de 29 de abril. Con arreglo a esta regulación, la Agrupación de Interés Económico (en lo sucesivo A.I.E.) se distingue por los siguientes rasgos característicos:

- Tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de sus socios y carácter mercantil (artículo 1).
- Su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios (artículo 2.1º).
- No tienen ánimo de lucro para sí misma (artículo 2.2º).

- El objeto de la Agrupación de Interés Económico se limita exclusivamente a desarrollar una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios (artículo 3.1º).
- Podrán constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales (artículo 4).
- Su constitución exige el otorgamiento de escritura pública, que deberá observar las menciones exigidas por la Ley, y su posterior inscripción en el Registro Mercantil (artículos 7 y 8).
- Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla, aunque subsidiariamente respecto de la entidad (artículo 5).
- La gestión de la entidad corresponderá a los administradores designados al efecto, pudiendo recaer dicha función en una o varias personas, incluido una persona jurídica, salvo disposición en contrario de la escritura de constitución (artículo 12).
- Los beneficios procedentes de la actividad de la Agrupación se entienden beneficios de los socios y repartidos entre ellos en la proporción prevista en la escritura fundacional o, en su defecto, por partes iguales.
- El régimen aplicable a la tributación de los rendimientos económicos generados por la actividad de la Agrupación de Interés Económico es el de transparencia fiscal (artículos 23 y 24).

2. Formas de concurrencia de las uniones de empresas a las licitaciones públicas.

a) En primer término, no es posible impedir en una licitación pública que varias personas concurren asociadas.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en virtud de Sentencia de 16 de noviembre de 1993 que viene a sentar la imposibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativa particulares se excluya la formulación de propuestas de agrupaciones temporales de empresas, pues aunque no tengan personalidad jurídica, su capacidad para contratar con las Administraciones Públicas deriva de la ley.

En términos parecidos, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, en su Sentencia de 14 de abril de 1994 (Ballast Nedam Groep NV contra Belgische Staat), ha declarado que no se puede impedir que un holding de empresas participe en una licitación pública mediante la presentación de proposiciones y que corresponderá al órgano de contratación examinar la capacidad de las sociedades vinculadas al grupo, así como la disponibilidad de los medios necesarios para cumplir el contrato.

En todo caso, no puede desconocerse que pueden existir situaciones en que no parezca conveniente la colaboración de empresas, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen núm. 404/94, de 16 de mayo de 1994. En el supuesto a que se refería el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo se apreció que la confidencialidad de los proyectos que se pretendían, relativos a la modernización de varios aviones de combate Mirage, no eran muy compatibles con la colaboración solidaria de la unión temporal de empresarios formada y que hubiera sido preferible fomentar determinadas subcontrataciones.

b) En segundo lugar, no puede imponerse tampoco que hayan de concurrir como agrupación o unión temporal de empresas.

Debe recordarse a este respecto que el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/1984, de 13 de junio, en el que se declara que en los pliegos de cláusulas administrativas han de figurar los criterios objetivos para regular la admisión previa, pero no los requisitos de capacidad, como sería exigir la constitución de una agrupación o unión temporal de empresas o que los licitadores fueren sociedades mercantiles.

3. Régimen legal.

Por lo que se refiere a las uniones o agrupaciones de empresas sin constituir una entidad dotada de personalidad jurídica, el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece:

“1.- La Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor.

Dichos empresarios quedarán obligados solidariamente ante la Administración y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar las empresas para cobros y pagos de cuantía significativa”.

La duración de las uniones temporales de empresas será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

“2.- Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros no comunitarios o extranjeros comunitarios, los dos primeros deberán acreditar su clasificación y los últimos, en defecto de ésta, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”.

Dicho precepto exige, pues, como condiciones mínimas para la constitución de uniones de empresas las siguientes:

- Que las empresas vinculadas en la unión que se constituya cumpla los requisitos necesarios para contratar con la Administración.
- Que la constitución de la unión de empresas se formalice en escritura pública una vez que se haya adjudicado el contrato.
- Que las empresas asociadas designen un representante o apoderado único.
- La responsabilidad solidaria de las empresas agrupadas ante la Administración contratante.

Estas uniones de empresarios carecen de personalidad jurídica (Informe de la Junta Consultiva de Contratación 49/1972, de 22 de diciembre) y como se deriva de la existencia de una obligación solidaria entre las empresas que se agrupan. En este sentido se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el meritado informe, expresa –en coherencia con la doctrina jurisprudencial–, que “nos hallamos ante una comunidad de interesados de carácter circunstancial, que se sustenta en la personalidad jurídica de sus partícipes”.

El artículo 21 de la Directiva 37/93/CE, tras recordar la posibilidad de que concurran a una licitación sin necesidad de constituirse en una forma jurídica concreta, admite que una vez beneficiadas de la adjudicación del contrato la legislación del Estado miembro pueda obligarlas a transformarse en una entidad específica (así, por ejemplo, las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas y las concesiones de obra públicas tras la Ley 53/1999). La Ley 13/1995, de 18 de mayo exige exclusivamente la necesidad de que una vez favorecidas con la adjudicación de un contrato deban elevar a escritura pública los términos del acuerdo de esa unión de empresarios. Esta medida, no exigida en la legislación precedente sobre contratos públicos (artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado), como explicó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 32/1984, de 15 de octubre, parece dirigirse más a aclarar las responsabilidades internas entre los empresarios, que en relación con la Administración, toda vez que la Administración ya se beneficia de la declaración de responsabilidad solidaria de las entidades agrupadas impuesta “ex lege”. También resultará admisible que en la escritura pública se pacten los porcentajes de participación o responsabilidad, como reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1989.

2.2 SOLVENCIA ECONÓMICA, TÉCNICA Y PROFESIONAL DEL CONTRATISTA

En segundo término, todo aspirante a ser contratista deberá acreditar, de una parte, su solvencia económica y financiera, y de otra, su solvencia técnica y profesional.

A) Solvencia económica y financiera

La solvencia económica y financiera ha de asegurar que el contra-

tista es merecedor de crédito y capaz de asumir las obligaciones derivadas de la ejecución de un contrato suscrito con la Administración. Tal exigencia adquiere razón de ser si se atiende al interés público que subyace en todo contrato público.

La solvencia económica y financiera puede justificarse, a tenor de lo prevenido en el artículo 16 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por medio de:

- Informe de instituciones financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- En el caso de sociedades, por la presentación de las cuentas anuales (y no los balances como antes).

La Ley 53/1999 introduce las “cuentas anuales” como medio para acreditar la solvencia económica y financiera (artículo 16.1.b).

El apartado b) del referido precepto establece, en relación a las personas jurídicas, que la forma de acreditación de la solvencia económica y financiera es la presentación de las cuentas anuales o extracto de las mismas en el caso de que la publicación de éstas sea obligatoria en los Estados en donde aquéllas se encuentren establecidas. La modificación incluida en el texto del proyecto contemplaba también la cuenta de resultados como medio para acreditar la solvencia económica y financiera, pero en virtud de la enmienda nº 49 del Grupo Parlamentario Popular se unifican los términos, sustituyendo “balances y cuentas de resultados” por “cuentas anuales”.

- La declaración de la cifra de negocios global de los obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios.
- Por último, cualquier otra documentación considerada suficiente por la Administración vale asimismo si, por razones justificadas, el empresario no puede facilitar las referencias solicitadas (artículo 16.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

B) Solvencia técnica o profesional

La solvencia técnica o profesional tiene el mismo fin (verificar las condiciones y cualidades del ofertante para asumir la ejecución del contrato) y, para el caso del contrato de obra, se acreditará por uno o varios de los medios previstos en el artículo 18 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

- Títulos académicos y experiencia del empresario, cuadros de la empresa y responsables de las obras.
- Relación de obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años.
- Declaración indicando personal y maquinaria y diferentes cualidades de ambos recursos humano y técnico.

C) Extensión de la obligación de acreditar la solvencia

No se precisa por el legislador si la solvencia técnica debe o no exigirse a todos y cada uno de los promotores de una oferta (por ejemplo, en las concesiones de obra pública o, con arreglo a la

nueva Ley, en los contratos de gestión de servicios públicos). Esta cuestión se viene recientemente planteando con las entidades financieras que promueven, junto con las empresas constructoras, una oferta.

2.3 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATISTA

En tercer lugar, el licitado deberá acreditar, cuando proceda, su clasificación en los términos exigidos en cada caso.

A) Concepto y finalidad

La clasificación del contratista implica la solvencia del contratista, tanto la financiera o económica como la técnica o profesional (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/1996, de 7 de marzo), de tal suerte que los órganos de contratación no pueden exigir otros documentos justificativos de la solvencia, porque la clasificación sustituye estas justificaciones (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 48/1996, de 22 de julio).

B) Ambito material de la exigencia de clasificación

Esta tradicional exigencia de la clasificación previa del contratista, instituida por la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, se reitera en el artículo 25.1 de la Ley 13/1995, a cuyo tenor:

“Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de servicios a los que se refiere el artículo 197.3 con excepción de los comprendidos en las categorías 6 y 21 del artículo 207 y de los comprendidos en la categoría 28 del mismo artículo, los

contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación. Este requisito será exigido igualmente al cesionario de un contrato en el caso en que hubiere sido exigido al cedente”.

Y añade que

“El límite establecido en el párrafo primero de este apartado podrá ser elevado o disminuido para cada tipo de contrato por el Ministerio de Economía y Hacienda previa audiencia de las Comunidades Autónomas con arreglo a las exigencias de la coyuntura económica”.

C) Dispensa de clasificación

Esta regla general tiene, sin embargo, importantes excepciones en los artículos 25 y 26:

- Las personas y entidades nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de los firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo pueden prescindir de someterse a un requisito previo para obtener la clasificación (artículo 25.2).
- Los profesionales debidamente inscritos en el respectivo colegio profesional cuando se trate de contratos de consultoría, asistencia técnica o de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales (artículo 26.1).

- Las Universidades (artículo 26.2).
- Excepcionalmente, se admite la dispensa del requisito de la clasificación, cuando así lo autorice, en el ámbito de la Administración del Estado, el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 25.3). Este supuesto excepcional exige –según prevé la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas– “la conveniencia para los intereses públicos”, si bien como excepción a la regla general, fundada en un concepto indeterminado, como es la valoración casuística de lo más conveniente para el interés público, exige indudablemente una interpretación estricta, a fin de evitar una excesiva permisibilidad. Así se ha manifestado en múltiples ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al subrayar que la excepcionalidad del órgano que acuerda la dispensa, en concreto el Consejo de Ministros, implica que la dispensa de clasificación ha de surgir de una situación extraordinaria y singular.

D) Novedades introducidas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre

En cuanto al régimen legal de clasificación, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre introduce las siguientes modificaciones:

- Se suprime la exención de clasificación para profesionales (artículo 26).
- Se considera que, en determinados supuestos, la prohibición de contratar hace innecesario el expediente de suspensión de clasificaciones (artículo 21), habida cuenta que, al

tener efectos jurídicos más amplios la prohibición para contratar, su declaración producirá la suspensión de las clasificaciones que hubieran sido concedidas.

- Se modifica la denominación del Registro previsto en el artículo 35 (que pasa a ser “Registro Oficial de Empresas Clasificadas”).
- Por último, se regula el fenómeno de la sucesión de empresas en la fase de licitación (artículo 80.4).

E) La clasificación de las uniones temporales de empresas

Con relación a las uniones temporales de empresas, el artículo 31 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige la clasificación a las empresas contratistas, pero no a las uniones temporales constituidas al efecto:

“1.- Las uniones temporales de empresarios, a las que se refiere el artículo 24, serán clasificadas en la forma que reglamentariamente se determine, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal expresadas en sus respectivas clasificaciones”.

“2.- En todo caso será requisito básico para la acumulación de las citadas características que todas las empresas que concurran en la unión temporal hayan obtenido previamente clasificación como empresa de obras, o de consultoría y asistencia o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea en el artículo 25.2”.

Con arreglo a dicha regulación, se exige que todas las empresas que participen de modo conjunto en el proyecto hayan obtenido con carácter previo la clasificación. Es claro, pues, a la luz de la legislación vigente, que cuando los contratistas concurren de manera conjunta o colectiva a la adjudicación de un contrato deben encontrarse debidamente clasificados.

La exigencia de que lo estuviesen todas las entidades integrantes de la unión temporal de empresas, no estaba prevista, sin embargo, en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, sino que fue introducida mediante la reforma de las normas reguladoras de la clasificación de los contratistas (artículo 10 de la Orden Ministerial de 28 de marzo de 1968 sobre normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado) en 1991 (Orden Ministerial de 28 de junio de 1991), a cuyo tenor:

“Las agrupaciones temporales de contratistas en las que concurren asociados clasificados individualmente en diferentes grupos o subgrupos, alcanzarán clasificación en la totalidad de ellos con las mismas categorías que en cada uno hayan alcanzado los contratistas agrupados”.

El Tribunal Supremo entendió en la Sentencia de 22 de julio de 1986,“(…) que no puede decirse, por otra parte, que esta comunicación a los efectos contractuales de las características de una de las empresas a la otra u otras supongan aminoración o deterioro de las garantías en cuanto al cumplimiento o la responsabilidad de los efectos del contrato”.

No obstante lo anterior, el propio Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de julio de 1986, 16 de junio de 1990 y 16 de julio de 1990) y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe

33/1984, de 15 de octubre) admitieron la posibilidad de que en el seno de las agrupaciones o uniones temporales de empresas no se exigiera la previa clasificación a todas las empresas, entendiendo que sería suficiente que cualquiera de ellas poseyera la clasificación exigida. En el informe citado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa propugnó “una interpretación favorable a la admisión de las agrupaciones o uniones de empresas, cuando cualquiera de ellas goce de la clasificación adecuada para obtener la adjudicación”, por considerar que “no cabe ninguna duda que la interpretación favorable a la admisión de agrupaciones o uniones temporales en las que alguna o algunas empresas asociadas no estén clasificadas se ajustará perfectamente a la triple finalidad expuesta de evitar que la Administración contrate con quien carezca de medios suficientes, limitar la asunción de compromisos desproporcionados por los contratistas y lograr que los contratistas de menos posibilidades accedan a las obras de mayor envergadura, sobre todo, si se tiene en cuenta que los riesgos de la Administración en orden al cumplimiento del contrato desaparecen o disminuye con la responsabilidad solidaria de los asociados”, y, por tanto, “es suficiente la clasificación adecuada de cualquiera de las empresas asociadas, aunque las restantes no estén clasificadas, (...) es decir que es suficiente, en los supuestos de agrupaciones y uniones temporales de empresas, la clasificación correspondiente de alguna de las empresas asociadas, sin que el requisito de la previa clasificación sea exigible a todas”.

El Consejo de Estado, por el contrario, considera en su dictamen núm. 43.479, de 9 de julio de 1981 “que no están facultadas para contratar con la Administración las personas que no se hallen debidamente clasificadas. Y que la clasificación de cada una de las empresas se da por presupuesta en el artículo 288 del Reglamento”.

El criterio sentado por el Alto Cuerpo Consultivo inspiró definitivamente la regulación contenida en la Orden de 28 de junio de 1991, e incluso terminó por decantar la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuyo Informe 8/1994, de 8 de junio declara rotundamente la imperiosa necesidad de que todos los contratistas que concurren en una agrupación deben estar previamente clasificados, para que sea admitida su correspondiente propuesta en una licitación pública (de una obra), puesto que los términos de la Orden de 1968, tras la reforma operada en 1991 –a juicio del mencionado órgano administrativo– no deja lugar a ninguna duda.

Sentada, pues, la necesidad de que todas las empresas que integran la unión temporal acrediten su clasificación, interesa subrayar que, en estos casos, la clasificación se ve facilitada por las reglas de la acumulación, así como por la posibilidad de obtener una clasificación conjunta por un procedimiento específico ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 288 del Reglamento General de Contratación del Estado), siempre que cada empresa que concurre en la unión temporal se encuentre previamente clasificada en relación con el tipo de contrato (artículo 32.2).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa recuerda en su Informe 7/1992, de 27 de febrero, que “de la regulación de la clasificación de contratistas contenida en la vigente legislación de contratos del Estado se deduce el principio básico de la individualización de la clasificación, de tal modo que se tienen en cuenta los elementos personales y materiales y la experiencia de cada empresa sin que, hayan determinado una clasificación, puedan ser tomadas en consideración para la clasificación de otra empresa con personalidad distinta”, razón por la cual concluye que estas

reglas de acumulación de las clasificaciones de las empresas que se agrupan temporalmente no son aplicables a las agrupaciones de interés económico, que son sociedades con personalidad jurídica, que se inscriben en el Registro Mercantil, y que, en consecuencia, deben promover su clasificación individual.

Así las cosas, y a la vista de las reglas consagradas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, parece fundado afirmar que dichas reglas favorecen indudablemente a las uniones temporales de empresas, por cuanto aunque las empresas agrupadas estén clasificadas en distintos grupos o subgrupos, se entiende que la unión de empresas está clasificada en todos los grupos o subgrupos en que estén clasificados sus asociados, si bien para que las empresas puedan beneficiarse de tales reglas, se exige, no obstante, que la participación de aquéllas alcance al menos el 20 por 100 de la ejecución del contrato.

Resta por determinar en último término cuales son los criterios de clasificación de las Agrupaciones de Interés Económico, cuando como acaece en el caso presente las empresas que la integran están clasificadas y, en concreto, si se sigue el mismo criterio de acumulación que rige para las Uniones Temporales de Empresas.

La Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico regula esta nueva figura asociativa, de inspiración comunitaria, como entidad dotada de personalidad jurídica y de carácter mercantil, cuya función se limita exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, y que debe ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

Partiendo de tales premisas, parece lógico afirmar que la existencia de personalidad jurídica distinta de la de sus socios y su acce-

so al Registro Mercantil hace inaplicable a las Agrupaciones de Interés Económico las reglas de clasificación que la vigente legislación arbitra respecto a las uniones temporales de empresas y, consiguientemente, la regla de acumulación de características.

Este criterio parece traslucir el sentir de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuyo Informe 7/92, de 27 de febrero de 1992 afirma lo siguiente:

“Aunque resulta difícil admitir, por la limitación de su objeto, que una Agrupación de Interés Económico concurre como tal a una licitación pública, en el supuesto de que así fuese, el problema de su clasificación deberá ser resuelto con arreglo a los criterios generales de la vigente legislación de contratos del Estado y, dado el principio de individualización de la clasificación, antes enunciado, analizar los elementos personales, materiales y de experiencia de la propia Agrupación, es decir, aplicar a la misma los criterios que para la determinación de la capacidad financiera, económica y técnica (...), sin que, por el dato de la personalidad distinta e independiente de los integrantes de la Agrupación, puedan ser tomadas en consideración los que, en su día, determinaron la clasificación individualizada de cada uno de ellos, puesto que, al no extinguirse su personalidad, dicha clasificación debe entenderse vigente y subsistente”.

A juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el supuesto de Agrupaciones de Interés Económico, su clasificación ha de producirse, al estar dotada de personalidad jurídica, con independencia de la clasificación, en su caso, reconocida a los integrantes de la Agrupación.

2.4 AUSENCIA DE PROHIBICIONES PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN

Resta por señalar que para contratar con la Administración se exige que el potencial contratista no se halle incurso en causa de prohibición de contratar de las enunciadas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A) Causas determinantes de la prohibición de contratar

Las causas legales son, en síntesis, las que siguen:

- Haber sido condenado mediante sentencia firme por la comisión de determinados delitos enumerados por la Ley.
- Haber sido declarado en quiebra, concurso de acreedores o insolvente fallido en cualquier procedimiento, haber iniciado expediente de quita y espera o de suspensión de pagos, o haber presentado solicitud judicial de quiebra o de concurso de acreedores.
- Haber dado lugar, por causas a él imputables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.
- Haber sido sancionado por infracción de disciplina de mercado, en materia profesional o de integración social de minusválidos o de seguridad y salud del trabajo.
- Estar incurso en cualquiera de las incompatibilidades atinentes a los miembros del Gobierno, altos cargos de la Administración General del Estado, personal al servicio de las Administraciones Públicas y cargos electivos.

- No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social.
- Haber incurrido en falsedad grave al facilitar a la Administración las declaraciones legalmente exigibles.
- Haber incumplido las obligaciones impuestas al empresario por los acuerdos de suspensión de las clasificaciones concedidas o de la declaración de inhabilitación para contratar con cualquiera de las Administraciones Públicas.
- No hallarse debidamente clasificado o, en su caso, no acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica (o en caso de empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, no hallarse inscrito en los registros oficiales, comerciales o profesionales pertinentes).

B) Extensión subjetiva de las prohibiciones para contratar

La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes, siempre que, respecto de estos últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

C) Novedades introducidas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre

Las novedades introducidas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre son las siguientes:

- Por lo que se refiere al régimen de prohibiciones e incompatibilidades, se acomodan al vigente Código Penal

(Ley Orgánica de 30 de noviembre de 1995) las figuras delictivas que se mencionan como circunstancias determinantes de la prohibición de contratar (artículo 20, apartados a) y d)); se remiten al apartado a) los delitos y al apartado d) las infracciones.

El Consejo de Estado advierte a este respecto, que si bien es correcta la supresión de la situación procesal de mero procesamiento (procedimiento penal ordinario) o acusación (procedimiento penal abreviado) como ya señalara en el dictamen núm. 1.270/93, de 2 de diciembre y así se introdujera en virtud de la Leu 9/1996, de 15 de enero, quizás resulta excesiva y perjudicial para la tutela del interés público la exigencia, en todo caso, de sentencia firme.

- En el apartado e) se corrige la referencia a la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, que había sido sustituida por la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración General del Estado ya en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (a pesar de ser proyectos de ley aprobados en la misma sesión del Pleno del Congreso de los Diputados del día 27 de abril de 1995, pero mientras la primera se publicó en el Boletín Oficial del Estado del día 12 de mayo, la segunda fue publicada el día 19 de mayo).
- Se flexibiliza la imposibilidad de concurrir a licitaciones a los que hubiesen participado en la elaboración de las correspondientes especificaciones técnicas (artículo 52.3).
- Se concreta la incompatibilidad entre la adjudicación de contratos de obras y contratos de consultoría y asistencia

que tengan por objeto la vigilancia y supervisión de la ejecución de la obra (artículo 197.2).

Es esta una previsión relevante, pues la Ley pretende evitar las prácticas viciosas y anómalas que la licitación conjunta del proyecto y obra o de la obra y su dirección facultativa comportan, como luego se verá.

- Por último, y ello es una modificación de relevancia, la obligación de acreditar no estar incurso en circunstancia alguno que impida contratar con la Administración se articula por medio de una “declaración responsable”, que sustituye al primitivo certificado.

2.5 SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES: RÉGIMEN JURÍDICO.

Los subcontratistas y suministradores no son, como antes se decía, sujetos de la contratación ni partes de la relación contractual; son terceros, pero su posición y derechos son relevantes a los efectos de su tutela por el ordenamiento jurídico.

En relación a los subcontratistas y suministradores, las modificaciones introducidas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre son ciertamente relevantes:

a) De una parte, se tiende a facilitar la subcontratación y se regulan los derechos de subcontratistas y suministradores (artículos 115.2.b) y 115 bis).

Se permite subcontratar con terceros la ejecución de prestaciones parciales, siempre que no excedan del porcentaje que superior al 50 % del importe de adjudicación se fije en el pliego de

cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 50 %.

Por otro lado, el contratista se obliga a abonar a los subcontratistas y suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones establecidos: a) la aprobación o conformidad al pago (o los motivos de disconformidad, en su caso) se efectuará en un plazo máximo de 30 días desde la presentación de la factura; b) el contratista deberá abonar las facturas en el plazo de 60 días desde su conformidad a las mismas, devengándose en caso de demora el interés legal del dinero, incrementado en 1,5 puntos; c) cuando el plazo de pago se convenga por término superior a sesenta días, el pago se instrumentará mediante documento que lleve aparejada acción cambiaria; d) cuando el plazo supere los 120 días podrá además exigirse por el subcontratista o suministrador que dicho pago se garantice mediante aval.

b) De otra, se restablece el principio de inembargabilidad de abonos a cuenta y se regulan las excepciones a dicho principio, que se ciñen al pago de salarios y cuotas sociales y al pago de subcontratistas y suministradores (artículo 100.7), manteniéndose invariable el régimen de transmisión de derechos de cobro del contratista (artículo 101).

VII. SISTEMA DE GARANTÍAS

Como es bien sabido, el sistema de “garantías” (antaoño llamadas “fianzas”) cumple una función de afianzamiento, bien de la formalización del contrato perfeccionado mediante la adjudicación (garantía provisional), bien de la ejecución del contrato

formalizado por las contingencias sobrevenidas que le fueran imputables al contratista (garantía definitiva), o excepcionalmente la cobertura de riesgos extraordinarios (garantías complementarias), quedando afectas a las responsabilidades en que pudiese incurrir el licitador (antes de la adjudicación del contrato) o el contratista (tras la adjudicación).

Por lo que se refiere al sistema de garantías, se han introducido importantes modificaciones:

1 GARANTÍAS PROVISIONALES

A) Respecto a las garantías provisionales, se considera que sólo son exigibles en contratos de determinada importancia económica, y que tienen carácter facultativo tanto en los contratos de inferior cuantía como en el marco del procedimiento negociado (artículo 35 en relación a los artículos 135.1, 178.2 y 203.2).

B) También en relación a las garantías provisionales, se precisa la responsabilidad a que quedan afectas tales garantías (retirada injustificada de la propuesta antes de la adjudicación y proposiciones incurso en presunción de temeridad (artículo 36.2, 3, 4 y 5).

C) Finalmente se establece la posibilidad de que puedan constituirse en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales (artículo 35.1).

2 GARANTÍAS DEFINITIVAS

En cuanto a las garantías definitivas, los artículos 36, 37 41 y 83.5

contienen las siguientes modificaciones:

- A)** Se considera que su base es el importe de adjudicación y que la garantía complementaria del 6 % opera con independencia de la del 4 %.
- B)** Se reduce al 20 % la garantía prevista para el supuesto de bajas temerarias.
- C)** Y, en fin, se prevé la dispensa de estas garantías en los contratos de consultoría y asistencia o de servicios y en los contratos administrativos especiales, cuando así se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo motivarse en el expediente de contratación las causas de tal dispensa.

VIII. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN Y PLIEGOS

I CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de entrar a considerar las cuestiones que plantea la formación del contrato administrativo, conviene hacer constar que el proceso de formación de la voluntad contractual es común a todos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas con sometimiento a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; en otros términos, todo contrato se integra por una fase interna, coincidente con los actos relativos a su preparación y adjudicación, que se integra por una comunidad de reglas de derecho público, abstracción hecha del carácter administrativo o privado del contrato celebrado.

2 ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO

Dicho esto, es también de señalar que las exigencias relativas a la preparación del contrato constituyen una exigencia general, sólo exceptuada en tres supuestos: a saber: a) contratos “menores” (artículo 56); b) contratos relativos a “actividades docentes” (artículo 200); c) y, en fin, los supuestos de “tramitación de urgencia” (artículo 72).

Integran las actuaciones preparatorias y de formación del contrato: a) la tramitación y aprobación del expediente de contratación, en el que se ponderen los aspectos jurídicos, técnicos y económicos del proyecto de contrato (especialmente relevante en el contrato de obras); y b) la redacción y aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en su caso, de prescripciones o condiciones técnicas, que representan, antes de la adjudicación del contrato, las “condiciones objetivas de licitación”, y tras la adjudicación, constituye la “ley del contrato”.

3 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

Se admite introducir especificaciones técnicas en los contratos que no sean incompatibles con el derecho comunitario europeo. En virtud de la reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se flexibiliza la imposibilidad de concurrir a licitaciones de contratos en los que hubiesen participado en la elaboración de las correspondientes especificaciones técnicas (artículo 53.3).

4 EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN: CONTENIDO Y LÍMITES

La tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo precederá a la adjudicación de cualquier contrato (salvo en

los casos expresamente exceptuados), y comprenderá la del gasto correspondiente y, en su caso, la del pliego de cláusulas administrativas particulares que haya de regir el contrato.

En el expediente de contratación, deberá recogerse:

- a) las prescripciones técnicas a que ha de ajustarse la ejecución del contrato;
- b) el certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente, siempre que el contrato origine gasto para la Administración;
- c) la fiscalización de la Intervención en los términos prevenidos por la Ley General Presupuestaria (artículo 68).

El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello.

No podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda. No obstante, cuando el objeto admita fraccionamiento justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, o así lo exija la naturaleza del objeto (artículo 68).

5 TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

La tramitación de los expedientes de contratación podrá ser: a)

ordinaria; b) urgente; c) de emergencia.

Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes de contratos cuya necesidad fuere inaplazable o cuya adjudicación fuere sea preciso acelerar por razones de interés público. Las singularidades de orden formal en tal caso son las que siguen: a) declaración de urgencia del órgano de contratación debidamente motivada; b) preferencia para su despacho; c) reducción a la mitad de los plazos de licitación y adjudicación; d) podrá ordenarse la ejecución del contrato antes de su formalización; e) el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a dos meses desde la fecha de adjudicación, quedando el contrato resuelto en caso contrario, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así hiciera constar en virtud de resolución motivada (artículo 71 modificado en su último inciso por la Ley 53/1999).

También podrá seguirse una tramitación de emergencia cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidades que afecten a la defensa nacional.

En tal caso:

a) El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar el pertinente expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido o satisfacer las necesidades o circunstancias sobrevenidas, o contratar libremente su objeto, sin someterse a los requisitos formales legalmente establecido.

b) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda

o por las entidades instrumentales se autorizará el libramiento de los fondos precisos para frente a los gastos, con carácter a justificar.

c) Cumplimentado lo anterior, se deberán seguir los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto (artículos 70 y siguientes).

6 APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación, aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución comportará también la aprobación del gasto.

7 NOVEDADES

En cuanto a la tramitación del expediente de contratación, las novedades introducidas por la Ley 53/1999 son las siguientes: a) se diferencia entre fraccionamiento y división por lotes (artículo 68.3); y b) se modifican los supuestos de resolución automática por falta de iniciación de la ejecución del contrato en la tramitación urgente (artículo 71.2.d)).

Por otro lado, se refuerza la obligación de disponer de las previsiones presupuestarias oportunas y hacerlo constar así en el expediente de contratación, puesto que, como es sabido, la adjudicación de un contrato que carece de la necesaria cobertura presupuestaria debe reputarse legalmente nulo de pleno derecho, tal como se infiere de las disposiciones legales, aunque a nadie se le oculta que la jurisprudencia ha venido a atenuar en ocasiones el rigor de la sanción jurídica que dicha infracción acarrea.

IX. LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y LAS FORMAS DE ADJUDICACIÓN

Sabido es que la Ley 13/1995 distingue entre procedimientos de selección y formas de adjudicación.

La adjudicación de los contratos podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado: a) En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición; b) En el procedimiento restringido sólo los empresarios previamente seleccionados podrán presentar una proposición; c) En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

Las formas de adjudicación son la subasta y el concurso. La primera versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo. En el segundo, por el contrario, la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

El concurso, como forma de adjudicación, implica por su misma naturaleza una mayor flexibilidad para la selección del contratista, a diferencia del automatismo de la subasta, cuya objetividad es total, puesto que ofrece un mecanismo de soluciones alternativas, en función de la conveniencia o idoneidad de las ofertas respecto del contrato que se pretende adjudicar. La Mesa puede, pues, aceptar la proposición más ventajosa a su entender, desde el punto de vista técnico o cualquier otro, e incluso declarar desier-

ta la convocatoria. El coste es uno más de los factores a sopesar para la adjudicación, pero no el único. Por tanto, el órgano encargado de sopesar las ofertas tiene un margen de libertad para la apreciación de las circunstancias propias de cada concurrente u ofertante –“discrecionalidad limitada” en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1987– que, sin duda, es objeto de control a través de la fiscalización jurisdiccional.

El concurso está llamado a convertirse en la forma normal y habitual de adjudicación. Según datos de la Memoria de 1994 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resulta que:

- a) En el ámbito de la Administración General del Estado, la adjudicación por concurso supuso el 56,46 por 100 del importe total de contratación, la directa el 38,22 por 100, y la subasta el 5,32 por 100.
- b) En el ámbito de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, la adjudicación por concurso supuso el 56,14 por 100 del importe contratado, la contratación directa el 34,59 por 100 y la subasta el 10,27 por 100.
- c) En el ámbito de la Administración local, la adjudicación por concurso supuso el 28,8 por 100 del volumen económico de los contratos, frente al 62,45 por 100 que supuso la contratación directa, o el 9,28 por 100 de la adjudicación por subasta.

Siendo esto así, y partiendo de la premisa de que la principal característica del concurso estriba en que el precio no es el único criterio determinante de la adjudicación, se hace necesario precisar estrictamente y con rigor cuales serán los demás y la importancia que van a tener en orden a la adjudicación del contrato. En los plie-

gos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquélla.

El Consejo de Estado considera admisibles todos los criterios que tengan carácter “objetivo” y no impliquen ningún elemento arbitrario (dictamen núm. 214/92, de 21 de mayo de 1992); y en sentido idéntico se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia Beentjes, de 20 de septiembre de 1988, as. 31/87. Rec. 1987).

La exigencia de tales criterios y su aplicación en los diferentes concursos comporta, como se ha dicho, una cierta discrecionalidad, susceptible de revisión judicial; y es precisamente este remedio procesal el que sirve para fiscalizar las desviaciones de poder en que puedan incurrir las Administraciones Públicas a la hora de valorar los criterios fijados y adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa.

Por lo que se refiere a los procedimientos y formas de adjudicación, la Ley 53/1999 introduce las siguientes modificaciones:

- a) Se altera el régimen de publicidad de las licitaciones, especialmente en lo relativo a los plazos (artículo 78.2).
- b) En materia de proposiciones, resulta necesario que el adjudicatario acredite, antes de la adjudicación, estar al corriente en el

pago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social mediante una “declaración responsable” no certificado, para lo que se prevé un plazo de cinco días hábiles (artículo 79 en relación a los artículos 15 a 20).

c) Asimismo se consagra el principio de proposición única y se regulan las excepciones (artículos 79.2.b) y e), 80, 86.b) y 87).

d) En materia de concursos se señala que el pliego deberá incluir los criterios para apreciar las bajas temerarias (artículo 86.3).

e) Se operan modificaciones en el procedimiento negociado que lo asimilan cada vez más al primitivo sistema de contratación directa.

X. LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1 CONSIDERACIONES GENERALES

La ejecución del contrato es la fase del “iter” contractual comprendida entre la perfección del contrato por la adjudicación hasta su extinción. Consiste en la realización por las partes contratantes, Administración y contratista, de sus respectivas prestaciones. De una parte, al contratista corresponde ejecutar la obra, servicio, suministro o cualquier otra actividad que constituya el objeto del contrato; de otra, a la Administración contratante corresponde pagar el precio del contrato.

2 NOVEDADES

En relación con la ejecución de la prestación objeto del contrato por el contratista, es de notar que debe efectuarse conforme a los

términos del proyecto (si se trata de un contrato de obras) y, en cualquier caso, con arreglo a las condiciones estipuladas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, y en el plazo previsto.

La Ley 53/1999 introduce una novedad en este orden, cual es, la supresión de las prórrogas tácitas (“... en todo caso habrán de ser expresas...”) (artículo 67).

Por lo que respecta a la modificación de los contratos, se mantiene la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado y se incide sobre determinados aspectos, como la reducción del porcentaje del 20 % al 10 % para que sea preceptivo el informe de la Dirección General de Presupuestos y el de la Intervención, o la especificación de los documentos acreditativos de la modificación, o el cómputo de los porcentajes (artículos 59.3 y 101).

3 DERECHOS DE COBRO DEL CONTRATISTA

Por otro lado, el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada.

El artículo 99.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establece, a este respecto, que:

“El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido”.

El derecho del contratista consistirá en el derecho al cobro de una cantidad de dinero en concepto de precio por la prestación realizada por el contratista –“precio convenido”–. El artículo 14.1

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece, a este respecto, que

“Los contratos tendrán siempre un precio cierto que se expresará en moneda nacional y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. Cuando las condiciones establecidas en el contrato impliquen pagos en moneda extranjera habrá de expresarse, además del precio total en moneda nacional, el importe máximo de aquélla y la clase de divisas de que se trate”.

La Administración no puede aplazar el pago, pues el artículo 14.2 prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, salvo que una Ley lo autorice expresamente. Esto no significa que la Administración deba pagar en el momento de la recepción de la prestación del contratista, pues el artículo 99.4 de la Ley otorga un plazo prudencial para el pago

“La Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo establecido en el artículo 148 y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del incumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos de las cantidades adeudadas”.

Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista “podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de

antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión” (artículo 99.5).

Si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, “el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen” (artículo 99.6).

Como es bien sabido, en el contrato administrativo de obra, contrato básico sobre el que tradicionalmente ha girado la regulación de los contratos administrativos, los abonos a cuenta se han efectuado siempre a través del pago de las correspondientes “certificaciones” emitidas periódicamente por la Administración contratante.

El artículo 145.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (“Certificaciones y abonos a cuenta”) dispone:

“A los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo en prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a buena cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden”.

El apartado segundo del mencionado precepto legal establece asimismo que

“El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta sobre su importe por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopios de mate-

riales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos y con los límites que se establezcan reglamentariamente, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía”.

Las certificaciones de obra se emiten, en primer lugar, a efectos de control de la obra y de servir de apoyo documental a los órganos administrativos encargados del pago y, en segundo lugar y muy especialmente, para facilitar al contratista la prueba, transmisión y pignoración de su derecho de crédito, de forma que en el tráfico mercantil es un título nominativo de presentación necesaria para que la Administración tome razón de la transmisión o prenda del derecho de crédito que refleja.

La certificación emitida por la Dirección de la Obra es una obligación jurídica para la Administración contratante, e inicia el procedimiento de pago mediante el reconocimiento de abonos a cuenta. La certificación no es, sin embargo, el pago, ni por su emisión queda liberada la Administración.

4 TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE COBRO

Pero la relevancia actualmente de los derechos de cobro trasciende la consideración de mera prestación para configurar como instrumento de financiación y, a la vez de garantía, a través de la “transmisión de los derechos de cobro”.

En efecto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consagra en su artículo 100 la facultad de los contratistas que ostenten un derecho de cobro frente a la Administración de “ceder el mismo conforme a derecho”.

Señala el artículo 100.I de la mencionada Ley:

“Los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho”.

Históricamente, no siempre se ha permitido la transmisión por parte de los contratistas de sus derechos frente a la Administración por el pago de obras o suministros realizados. La consideración de los contratos administrativos como negocios “de resultado” (dictamen del Consejo de Estado núm. 1.231/93, de 24 de febrero de 1994), que sólo podían entenderse jurídicamente cumplidos o consumados y, por ende, susceptibles de pago por la Administración, cuando la obra o el servicio hubiese sido ejecutado o prestado en su integridad, y la expresa limitación de la legitimación para el cobro de certificaciones de obra al contratista o “a persona legalmente autorizada por él” (Pliego de Condiciones Generales de 1903) comportaron en una primera fase la inalterabilidad casi absoluta de las posiciones ocupadas en la relación contractual originaria y, con ello, la indisponibilidad de los derechos de crédito que fuesen surgiendo frente a la Administración (contratante).

Sin embargo, las negativas repercusiones prácticas que de este regla pudieron derivarse, por la imposibilidad en que venían a encontrarse los contratistas de movilizar sus derechos de crédito para atender a los gastos corrientes y ordinarios de su empresa, llevaron a que por la Administración Pública se propiciara la cesión de las certificaciones de obra (Real Decreto de 29 de septiembre de 1911), básicamente como instrumento de financiación del que podrían servirse las empresas (contratistas) para mitigar el rigor y los inconvenientes de las demoras que

puedan producirse en el cumplimiento de sus obligaciones económicas por la Administración.

A pesar de la generalización y de la trascendencia de esa práctica, la cesión de los derechos de cobro no vino expresamente contemplada en el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, que sólo regulaba las certificaciones de obra en el artículo 47. Fue el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, el que recogió expresamente en su artículo 145 la posibilidad de ceder o de transmitir las certificaciones de obra “conforme a derecho”, vinculando la obligación de pago en favor del cesionario al simple conocimiento de la cesión por parte de la Administración. Así lo reconoció la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual el endosatario de una certificación tiene derecho, como el contratista, a que se le abone el principal “a buena cuenta”, y, en su caso, los intereses si aquél, como el contratista, hace la oportuna intimación por escrito (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1973).

Y ha sido ésta, precisamente, la regulación que ha venido a inspirar básicamente el artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con alguna variación significativa que debería contribuir en buena lógica a resolver determinadas dudas.

Con arreglo al nuevo régimen instituido por la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los derechos de crédito que los contratistas ostentan frente a la Administración son transmisibles sin restricción alguna, cualquiera que sea el contrato administrativo del que traigan causa, ora se trate del derecho a obtener pagos a cuenta de la liquidación definitiva, ora

del derecho de cobro que resulte tras el total cumplimiento por el contratista.

El Consejo de Estado ha reconocido que la cesión de créditos transmisibles es aplicable a los creados u originados por un contrato administrativo (dictámenes núms. 54.315, de 28 de junio de 1990 y 2.930/95, de 14 de marzo de 1996).

4 EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO

Por otro lado, la regla esencial en la contratación administrativa es que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista” (artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

Significa ello que el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios, del denominado “factum principis” o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual.

Por tanto, la mayor onerosidad de las obras, por causas imprevisibles no imputables a la Administración, debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados.

Pocas novedades introduce la Ley 53/1999 en esta materia. Únicamente, y por lo que respecta a la revisión de precios, se eleva a un año el plazo exento de revisión y se aclara que el 20

% del precio del contrato y el plazo de un año siempre están exentos de revisión, al igual que los contratos menores y los de arrendamiento financiero o con opción de compra (artículos 103 y 104).

5 INAPLICACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Por último, debe tenerse presente que, conforme a lo prevenido en el artículo 1.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, las Administraciones Públicas promotoras de obras de edificación se regirán por las disposiciones de esta Ley “a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria”. Tal exclusión carece por completo de fundamento y crea un agravio comparativo según las obras se promuevan por sujetos públicos (como la contratación promovida por las Administraciones Públicas) o por sujetos privados.

XI. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS: CUMPLIMIENTO, INVALIDEZ Y RESOLUCIÓN

I CUMPLIMIENTO

Por lo que se refiere al cumplimiento, se simplifica la escala de penalidades por demora, admitiéndose otras posibilidades; se aclara el supuesto de incumplimiento de la ejecución parcial; se incluyen previsiones para el supuesto de crédito presupuestario insuficiente; se crea una certificación final de las obras (distinta de la liquidación); y se prevé que el pliego pueda establecer plazos distintos al general de un mes (artículos 95, 99.4 y 110.2).

2 INVALIDEZ

Se introducen una serie de correcciones de orden menor, y, sobre todo, se acomodan los términos del régimen de invalidez de los actos de preparación y adjudicación de los contratos a las modificaciones operadas en virtud de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación parcial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se introduce una remisión a los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992 (artículos 62 y 63).

Tres son las vías de cuestionar la validez de los actos preparatorios o de adjudicación de un contrato, a saber: a) los recursos administrativos; b) la revisión de oficio (siempre que el vicio de invalidez fuere determinante de la nulidad de pleno derecho); c) la declaración de lesividad por la Administración autora del acto y su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992).

3 RESOLUCIÓN

Finalmente en cuanto a la resolución: a) se mantiene la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado en los casos de resolución y se califica como urgente la tramitación de tales expedientes; b) se prevé que en los supuestos de modificaciones de más del 20 % la Administración también puede instar la resolución del contrato (aunque tal supuesto debiera concebirse en rigor como un supuesto de desistimiento unilateral de la Administración; c) se configura la falta de constitución de garantía definitiva como causa de resolución potestativa (si bien tal previsión debe interpretarse en el sentido de que puede constituirse la garantía tras el plazo de 15 días establecido al efecto

XII. SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El sistema de garantías (prerrogativas de la Administración, recursos y arbitraje) se mantiene prácticamente inalterable, a excepción de ciertas exigencias formales en determinados procedimientos de modificación de los contratos:

En relación al ejercicio de las prerrogativas de la Administración, la nueva Ley mantiene el principio de que

“el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”,

y que

“los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos” (artículo 59.1).

No varían los supuestos de intervención del Consejo de Estado en la contratación (artículo 59.3), aunque la primera versión del anteproyecto si que preveía notables restricciones a la preceptividad del dictamen del referido Alto Cuerpo Consultivo, que fueron duramente reprobadas por este Cuerpo Consultivo en el dictamen emitido con motivo del anteproyecto de Ley. Pero se introduce la exigencia de los informes de la Dirección General de Presupuestos, del Ministerio de Economía y Hacienda, y de la Intervención, en los expedientes de modificación de contratos, cuando la variación sea igual o sobrepase el 10 % del precio primitivo del contrato.

Respecto al control jurisdiccional de las cuestiones que se susciten en relación con el ejercicio de las prerrogativas tocantes a los contratos de las Administraciones Públicas, conviene hacer notar que si bien ninguna alteración se vislumbra en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa precisa con rigor en su artículo 2, apartado b), que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocera de las cuestiones que se susciten en relación con:

“b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas”,

a diferencia de lo que establecía la Ley procesal de 27 de diciembre de 1956, que extendía su competencia a todas las cuestiones litigiosas tocantes a “los contratos de las Administraciones Públicas, cualquier a que fuese su naturaleza jurídica, siempre que tuvieran por objeto obras o servicios públicos”, y que tan determinante fue a los efectos de que se expandiera la contratación administrativa frente a la contratación privada de la Administración.

En relación al arbitraje, no se ha llegado a trasladar al texto definitivo la intención, manifestada en la Memoria del Anteproyecto de Ley, de potenciar la institución del arbitraje en la contratación administrativa, en tanto que mecanismo técnico e independiente para solucionar en breve plazo una controversia entre los intervinientes en la contratación pública, evitando que tales litigios lleguen a residenciarse ante la jurisdicción. El Consejo de Estado en el dictamen tantas veces citado y en el n° 214/92 consideró que resultaría conveniente potenciar la figura

del arbitraje, en el marco de lo dispuesto por los artículos 39 de la Ley General Presupuestaria y 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como es sabido, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su versión de 1995 prevé que “el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas (artículo 60.2). Tal precepto debe interpretarse en el contexto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común muy favorable a facilitar procedimientos de solución pactada a los conflictos con la Administración (“terminación convencional del procedimiento” - artículo 88 -, “otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de reconciliación, mediación y arbitraje” - artículo 107.2 -) que si bien no son de aplicación directa al remitirse a una futura regulación específica, sin embargo, apuntan hacia una buena vía para evitarlos, o resolverlos.

Tratándose de la Administración General del Estado, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige que el sometimiento a arbitraje sea aprobado por Decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno (artículo 60.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; artículo 39 de la Ley General Presupuestaria; y artículo 21.7 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), pero esta norma al no tener carácter básico (disposición final primera), permite a las Comunidades Autónomas regular de otra forma el sometimiento a arbitraje.

XIII. PARTICULARIDADES RELATIVAS AL CONTRATO DE OBRAS Y A OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES TÍPICAS

Expuesto lo anterior, resta por examinar las modificaciones referidas al régimen jurídico de los diferentes figuras contractuales típicas y, particularmente, las tocantes al contratos de obras.

I CONTRATO DE OBRAS

A) Un primer bloque de modificaciones se refieren a las actuaciones preparatorias del contrato de obras; los criterios inspiradores de tales modificaciones son el poner fin a las situaciones de abuso derivadas de las deficiencias e imprevisiones de los proyectos y de la falta de disponibilidad de los terrenos.

La experiencia constatada demuestra que los proyectos elaborados por las empresas, ora mediante del correspondiente concurso de proyecto y obra, ora mediante contrato de asistencia técnica distinto e independiente del de obra, son en buena medida defectuosos y exigen ser suspendidas y la aprobación de modificados de obra, terminando en el mejor de los casos en modificaciones (a veces incluso inservibles) y en otros en la resoluciones del contrato.

Concretamente, y según datos oficiales:

- El 60 % de los proyectos elaborados por empresas son defectuosos.
- El 85 % de los proyectos y obras han sido defectuosos y requerido la aprobación de reformados.

- El 15 % de los proyectos y obras resultan inservibles.
- En los últimos cuatro años, tales deficiencias en la contratación le han supuesto a las Administraciones Públicas un coste de aproximadamente 15.000 millones de pesetas.
- De 6.500 proyectos de obras, 832 terminaron por ser suspendidos por falta de disponibilidad de los terrenos y otros impedimentos.

El legislador consciente de tales conflictos ha introducido modificaciones que afectan, básicamente, a tres cuestiones esenciales: a´) el proyecto, su redacción y aprobación; b´) el replanteo; c´) la disponibilidad y posesión real de los terrenos.

- En materia de proyectos, se introducen ciertas modificaciones: a´´) se completa el contenido de los proyectos; b´´) se contienen prescripciones sobre la responsabilidad de los autores del proyecto; y c´´) se contienen previsiones especiales para los supuestos de contratación conjunta de proyecto y obra, que se contemplan con reticencia y consideran excepcionales (artículos 122, 123, 124 y 125).
- En relación con el replanteo, se incorpora el texto de la disposición adicional segunda de la Ley de la Ley 9/1996, de 13 de enero, reforzando la necesidad de proceder, antes de la adjudicación, a un riguroso replanteo previo de las obras y, tras ella, a una comprobación del replanteo, con el objeto de verificar la adecuación del proyecto a la realidad física de los terrenos y su viabilidad.
- se considera la cuestión atinente a la disponibilidad de los

terrenos, reforzando los términos de su exigencia y dispensas para la ejecución de determinadas infraestructuras;

- y, por último, se contempla el supuesto especial de cesión de terrenos o locales por entidades públicas (artículo 129.3).

B) En segundo lugar, se acometen determinadas modificaciones, no del todo acertadas, en lo que se refiere a la concesión de obras públicas; concretamente, la determinación de su naturaleza jurídica; los efectos consustanciales a dicha naturaleza; la inexigencia de clasificación de los concesionarios para contratar con las Administraciones Públicas; y la forma jurídica que puede revestir el concesionario.

La nueva Ley, partiendo de la consideración de la concesión de obras públicas como contrato mixto de obra y gestión de servicio público (Memoria del Anteproyecto de Ley), se considera que su régimen no puede ser el del contrato de obras, sino sola y exclusivamente en cuanto a las normas de publicidad; por otra parte, se generaliza la posibilidad, ya prevista en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas, de que el concesionario sea una sociedad a constituir (artículo 130). En opinión del Consejo de Estado (dictamen n° 4.464/98), “no parece fundada una previsión como la contenida en la futura nueva redacción del artículo 130.2 de la Ley 13/1995”. La concesión de obra pública es una figura cuya regulación tiene su antecedente inmediato en el ordenamiento comunitario europeo (Directiva 93/37/CEE), pero que también cuenta con otros precedentes en el ordenamiento especial (en especial, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877).

En este marco, la mencionada concesión se configura, ciertamente, como un contrato típico de carácter mixto, pues lleva

aparejada la realización la realización de una obra (contrato de obras) y la ulterior explotación del servicio vinculado a esa obra (contrato de gestión de servicios públicos). Y así, para determinar su régimen jurídico no debe aplicarse la norma que regula la prestación más preponderante (como resulta del artículo 6 de la Ley y de la nueva redacción del artículo 130), sino las propias de cada una de las figuras contractuales, a saber: las disposiciones relativas al contrato para la construcción de la obra, y las atinentes a la gestión de servicios públicos a la explotación de la obra.

Se reafirma, por lo demás, el criterio de que en las concesiones de obra pública no es exigible la clasificación, lo que ya sostuvo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 49/1997.

C) En cuanto a su adjudicación, se acomodan diversos preceptos a la Directiva 97/52/CE (artículos 135 y 137); y por lo que se refiere al procedimiento negociado, se restringe el concepto de obras complementarias y se eleva el límite del procedimiento negociado por razón de la cuantía (artículo 140).

D) Respecto al cumplimiento de la obligación de pago, se especifica un plazo de 10 días para expedir las certificaciones de obra; y se completa la regulación de la recepción y del plazo de garantía (artículos 145.1 y 147.3).

E) En cuanto a la modificación del contrato se suprime la comisión de arbitraje, quedando exonerado de ejecutar las obras el contratista que no acepta los precios fijados por la Administración; se concreta la posibilidad de que sea necesario ejecutar preferentemente determinadas unidades de obras (artí-

culo 146); se permite la ejecución provisional de obras antes de la aprobación del proyecto modificado (artículo 146.4), lo que no viene sino a legalizar las prácticas administrativas viciosas que tantas veces ha reprobado el Consejo de Estado, a través de sus memorias y dictámenes.

F) Por lo que respecta a la recepción de las obras, se prevé que la apertura al uso público de una obra debe tenerse por una recepción tácita (artículo 147.4), lo que supone trasladar al ordenamiento contractual público positivo lo que había venido siendo doctrina constante y reiterada del Consejo de Estado.

G) En materia de resolución, se incrementa la duración de la suspensión a ocho meses; se refieren los porcentajes de modificación al importe del contrato primitivo, el cual deberá computarse con exclusión del I.V.A.; finalmente, se reduce al 30 % el porcentaje determinante de la alteración sustancial y se aclara el concepto de obras dejadas de realizar (artículos 149, 150 y 151.4).

H) Por último, en lo que respecta a la ejecución de obras por la propia Administración, se contempla la necesidad de proyecto en determinados supuestos; y se contienen medidas relativas a la selección del empresario colaborador, a la supresión de supuestos excepcionales para sobrepasar el 50 % y a la precisión de que la autorización corresponde al órgano competente para aprobar el gasto (artículos 152 y 153).

2 CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

También se modifica el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos, aunque permanece básicamente el esquema legal tradicional, y ello en los siguientes términos:

A) En primer término, se excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley la gestión del servicio público prestada mediante la creación de Entidades de Derecho Público destinadas a este fin, ni a aquellos la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma (artículo 154.2). Este precepto legal ha sido objeto de modificación durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, pues su tenor primitivo no excluía ni siquiera las sociedades públicas mayoritaria, lo que era ciertamente incongruente con los criterios legales que delimitan el ámbito de aplicación de la Ley (artículos 1.3 y 2).

B) Por otro lado, se establecen distintos plazos de duración, según el servicio de que se trate, limitando el máximo a 50 años. Los plazos son de 50 años, para los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público; 25 años, para los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios; y 10 años, para los contratos que comprendan la explotación de servicios sanitarios. Tal prescripción resulta incongruente con las innovaciones legislativas que, en relación a las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas, han venido estableciendo las Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que amplían la duración de tales concesiones a setenta y cinco años.

C) Se perfila el régimen jurídico de las obras que pueden concurrir en estos contratos (artículos 156, 158 y 160), aplicándose, básicamente, las disposiciones relativas al contrato de obras en lo que se refiere a los proyectos, debiendo ir precedida la tramitación del expediente de contratación de un anteproyecto de obras.

D) Se eleva, como en las demás figuras contractuales, el límite cuantitativo para la utilización del procedimiento negociado a 5.000.000 y a un plazo de duración de cinco años (artículo 159.2.d)).

3 CONTRATO DE SUMINISTROS

A) Se amplía, en primer término, la noción de contrato de suministros, incluyendo el suministro por arrendamiento financiero, arrendamiento con o sin opción de compra, arrendamiento de equipos para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso, así como equipos y sistemas de telecomunicaciones.

B) Se acomodan determinados preceptos relativos a la publicidad a la Directiva 97/52/CE (artículos 177 y 178)

C) Se eleva el límite cuantitativo para la utilización del procedimiento negociado a 5,8 o 10 millones según los casos (artículo 182.i)).

D) Se contempla expresamente la posibilidad de adhesión al sistema de adquisición centralizada (artículo 183.I en relación con la disposición adicional décima).

E) Se regula la fabricación de bienes muebles por la Administración (artículos 194 y 195) introduciendo previsiones análogas a las establecidas por los artículos 152 y 153 para la ejecución de obras por la Administración (aprobación del proyecto, posibilidad de disponer de empresarios colaboradores cuyo vínculo con la Administración tendrá carácter administrativo pero no será un contrato de suministro).

4 CONTRATO DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA TÉCNICA Y DE SERVICIOS

Se introducen diversas modificaciones en el régimen jurídico de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios:

A) Se suprime el contrato para trabajos específicos y concretos no habituales, quedando esta figura contractual integrada en el contrato de consultoría y asistencia y de servicios como ha quedado anteriormente expresado

B) En cuanto a su duración, se reduce a dos años y se señala que las prórrogas no podrán exceder del plazo fijado originariamente (artículo 198.1); y se intenta restringir el sistema de precio alzado (artículo 202.2).

C) En lo que hace a su adjudicación, se incorpora la Directiva 97/52/CE (artículos 203, 209 y 215); y se eleva el límite cuantitativo para la utilización del procedimiento negociado a 32.000.000, 21.000.000 o 33.000.000 de pesetas según los casos (artículo 203).

D) Respecto al cumplimiento, se completa su régimen jurídico mediante la regulación de la verificación administrativo de los bienes suministrados, el plazo de garantía y la exención de responsabilidad del contratista transcurrido dicho plazo (artículo 212 bis).

E) En materia de resolución, se considera que la base para el cómputo de las modificaciones es el precio primitivo del contrato (artículo 213) y se elevan los porcentajes previstos en el artículo 214.

**XIV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS Y MEDIOS
TÉCNICOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS: REFERENCIA ESPECIAL A LA SOCIEDADES
ESTATALES DE GESTIÓN INMOBILIARIA DE
PATRIMONIO, SOCIEDAD ANÓNIMA
Y DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A.**

La disposición adicional segunda de la Ley 53/1999, de 23 de diciembre configura la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA), entidad organizada en régimen de empresa mercantil cuyo capital deberá ser de titularidad pública, como “medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración”, estando obligada a realizar las tareas y actividad que le encomiende la Administración General del Estado en el ramo de actividades que la propia disposición adicional enuncia pormenorizadamente.

Tal prescripción no es una novedad en el ordenamiento patrio, puesto que la misma técnica se ha seguido por la Administración General del Estado en relación a la Sociedad Estatal de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), y constituye en buena medida una quebra de los principios de publicidad y concurrencia, por cuanto la encomienda por la Administración General del Estado de obras, proyectos, servicios y otras tareas a tales entes se encausa a través de una mera encomienda, orillando por principio la convocatoria de una licitación pública.

**XV. EL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
Y LA LIBRE COMPETENCIA**

Quisiera por último referirme a la necesidad de que las reglas del

mercado de la contratación pública observen los postulados de libre competencia.

Es principio general del orden jurídico patrio y, por supuesto, del ordenamiento comunitario, el de libre competencia en el mercado. Tal principio postula la libre concurrencia de los sujetos intervinientes en el mercado sin trabas o restricciones que impidan o dificulten su realización efectiva, y ello incluido los poderes públicos, habida cuenta que está constitucionalmente reconocida la iniciativa pública en la actividad económica (artículo 128 de la Constitución).

Pese a todo, el mercado de la contratación pública es realmente un mercado, pero a estos efectos un mercado ciertamente “sui generis”, por cuanto las actividades en él comprendidas no pueden reputarse libres sino directamente vinculadas a la intervención de las Administraciones Públicas, quienes adjudican el contrato u otorgan la concesión, a través del cauce formal pertinente, y a fin de que por la iniciativa privada se realicen tales actividades, pero siempre bajo la esfera de actuación, poderes y potestades públicas.

Sin perjuicio de ello, es claro que las bases del mercado de la contratación deberán orientarse a los principios de libre competencia, facilitando, por un lado, el trato igual a todos los que siendo capaces y no estando en causa de prohibición, aspiren a ser contratistas, y rodeando, por otro, el “iter” del procedimiento de la adecuada transparencia, objetividad y publicidad y, a la vez, facilitando la libre concurrencia. Con ello se evitaría que la Administración pueda incurrir en conductas o actitudes anticompetitivas, que pudieren ser tenidas por prácticas restrictivas o que pudieren colocar a los poderes públicos en una posición de abuso de dominio del mercado o que restringe, desde la

perspectiva comunitaria, la libertad de servicios y la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

Varias son los tipos de prácticas administrativas que pudieren reputarse viciosas y contrarias a tales postulados:

a) De una parte, las que inciden sobre el acceso de las empresas aspirantes al mercado de la contratación pública: así, por ejemplo, la exigencia de clasificación de licitador cuando no lo exige la ley; o el establecimiento de requisitos irrazonables a la hora de exigir la clasificación, entre otros.

b) De otra, las prácticas que comportan una quiebra de los principios de publicidad y concurrencia: por ejemplo, la exclusión de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; la falta de motivación en la decisión de encauzar la selección del contratista a través del procedimiento negociado sin publicidad, o del establecimiento del procedimiento restringido injustificadamente; podenderando arbitrariamente los criterios objetivos a que se somete el concurso como forma de adjudicación; la alteración sustancial del contrato por medio de sucesivos y parciales reformados del contrato primitivo; o valorando arbitrariamente en los concursos los términos y condiciones de las ofertas.

c) De otra, la de colocar en una situación de preeminencia a los grupos de sociedades frente a las sociedades que no forman grupos empresariales con diversificación de filiales por razón de áreas de especialización, cuando ello puede incidir, por ejemplo, en la acreditación de la solvencia, la clasificación, la presentación de proposiciones diversas y a la hora de subcontratar con empresas vinculadas del propio grupo.

d) Y, en fin, también la de configurar ciertos entes públicos instrumentales como medio propio y servicio técnico de la Administración, lo que permite en ocasiones encomendar por la Administración a tales entidades obras, proyectos, servicios y demás actividades que, debiendo ser en puridad objeto de licitaciones públicas, se realizan orillando los principios de publicidad y concurrencia.

ASAMBLEA GENERAL DE ANCI

Discurso del Presidente

D. Jaime Lamo de Espinosa

Señores asociados:

Celebramos nuestra Asamblea General Ordinaria anual en un momento singular. Hace apenas un mes que un nuevo Gobierno, aunque del mismo partido, dirige la vida política y económica española. Atrás quedan cuatro años de intensa gestión en el campo de las obras públicas, sí, pero delante nos esperan otros cuatro años de fuertes inversiones en este sector, según el “Plan de Infraestructuras 2000-07” presentado en enero último, en el que la inversión pública en infraestructuras de transportes es una prioridad del gasto oficial del Ministerio de Fomento, con 10 billones de pesetas en el septenio, de los cuales 7,2 billones corresponden a la actual legislatura 2000-04.

En 1999 el sector de la construcción creció un 8,5 por 100, pero la licitación de obra pública alcanzó los 2,4 billones de pesetas, lo que supone un descenso del 9,6 por 100, con respecto al registrado en 1998, según datos del Ministerio de Fomento. Sin embargo, en el período enero-marzo de este año, la cifra total de licitación alcanzó 987 mil millones de pesetas, con una variación interanual del 56 por 100, debido fundamentalmente al crecimiento inducido por el Ministerio de Fomento (133%) y, más concretamente, por el GIF (con la Línea de Alta Velocidad Madrid-Barcelona-Frontera Francesa) y AENA (con las ampliaciones de los aeropuertos de Barajas y Barcelona).

El año pasado, las 18 empresas constructoras que integran ANCI vieron crecer su facturación total y el nivel de obra contratado con el Ministerio de Fomento ha llegado a representar en 1999 más del 13 por 100 del total licitado por este Departamento, con un incremento de 3,5 puntos porcentuales sobre el ejercicio anterior, según datos oficiales.

Durante estos últimos años nuestras empresas tienen motivos para sentirse satisfechas y, también, para percibir razonables motivos de preocupación. La satisfacción nos viene del hecho del aumento de participación en este mercado, en una clara tendencia alcista que muestra hasta qué punto la empresa mediana es importante en el sector de la Construcción de obras públicas, uno de los motores actuales de la economía nacional.

Cuando ANCI nació, hace casi tres años, lo hizo en medio de una fuerte polémica suscitada por las autovías licitadas por el método alemán. Parecía, en aquel momento, como si alguien hubiese impulsado una campaña cuya única finalidad era poner en cuestión la capacidad técnica o financiera para que tales obras pudieran ser ejecutadas por empresas no pertenecientes al club de las más grandes. Se anunciaban fuertes desastres y problemas si el adjudicatario era una empresa pequeña o mediana.

Pues bien, los concursos se resolvieron, como no podía ser de otro modo dado las ofertas presentadas, a favor de tres UTEs formadas por empresas miembros de ANCI. Y hoy, tres años más tarde, podemos decir con legítimo orgullo que estas autovías están ahí, que alguna ya se ha inaugurado (como la variante de Cervera –en la provincia de Lérida–), y que se han construido en plazo más breve del previsto y sin incidencia alguna. Bastaría, a mi juicio, esta realidad para que ninguna Administración Central o no,

ni empresa, continuara por la línea de descrédito por razón de tamaño financiero o técnico.

Y, sin embargo, es lo cierto que nuestro mayor problema hoy no es construir, no es hacer obra, sino que no se nos impida hacerla, que no se incluyan cláusulas limitativas, obstáculos a la competencia.

Permítanme que describa un granado repertorio de problemas, que podríamos compendiar en diez, a los que las empresas de ANCI han tenido que enfrentarse en el último año 1999, sin que su enumeración signifique una escala de prioridades, ni que sean los únicos, y para los que se han pedido, y reiteradamente, soluciones a las Administraciones pertinentes.

■ Las Administraciones Públicas siguieron manteniendo el año pasado el criterio de no hacer pública la puntuación técnica con anterioridad a la apertura de los pliegos económicos. Y ello pese a la obligación de respetar el principio de transparencia a que están sometidas por la Ley española y las Directivas comunitarias. Hoy las puntuaciones técnicas tienen un peso exagerado en la resolución de los concursos. Por ello, es imprescindible que se hagan públicas tales puntuaciones, que se fundamenten y que pueda ser causa de impugnación o recursos una puntuación técnica sesgada o indebidamente fundada. ANCI lo ha pedido en innumerables escritos que son vistos con simpatía, pero sin resultado alguno.

■ Las Administraciones siguieron permitiendo en 1999 que se presenten a concursos varias empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, que incluso consolidan sus cuentas y que, a nuestro juicio, pueden llegar a alterar el precio de las cosas, en este caso el precio resultante de la adjudicación. Reduciendo al límite lo que quiero explicar se comprenderá bien el alcance de

esta aseveración. Si a un concurso se presenta una empresa y sus 5 filiales, concertando bajas, por ejemplo, de alrededor del 5% y otra ajena a dicho grupo con una baja del 12%, la media de las bajas será, sin duda, próxima al 6%. Con el actual procedimiento de formación del intervalo de selección es evidente que siempre será adjudicataria de este concurso una de las 6 empresas que componen el grupo. El grupo que así actúa no sólo altera el precio del concurso sino que predetermina el adjudicatario, y, lo que es peor, predetermina un precio más alto del que realmente la Administración concursante debería haber pagado. Es decir, obtiene el concurso vulnerando las reglas de la competencia, y a precio superior al que realmente podría haberse ejecutado, lo que ocasiona un grave daño al gasto y déficit públicos. ANCI ha denunciado esta práctica en numerosas ocasiones, sin resultado positivo alguno hasta el momento.

■ Algunas Administraciones y empresas públicas vienen poniendo límites previos, además de los previstos en la propia clasificación de empresas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a aquellos que pretenden concursar, limitaciones que están sirviendo para reducir la competencia real en los concursos. Unas veces tales límites, fijados en el pliego de cláusulas, vienen por el lado de su balance, otras por índices técnicos de obras anteriores realizadas. Nuestra experiencia es que, cuando tales prácticas discriminatorias se consolidan, las bajas resultantes en la adjudicación son muy inferiores a las que esas mismas empresas practican en obras contratadas por subasta pura y dura. Ello va en perjuicio, como en los casos anteriores, del gasto, del déficit público y, en definitiva, de los contribuyentes.

■ Con relación a los concursos, sean de la Dirección General de Carreteras, del GIF o de AENA, o de otros órganos de contrata-

ción, queremos señalar que cuando se trata de obras de carácter lineal, es decir, no singular o específica, los concursos deberían subdividirse en volúmenes de obra más reducidos, lo que permitiría a empresas medianas y pequeñas poder concurrir a los mismos, y a la Administración elegir entre un mayor número de empresas, normalmente con un coste de adjudicación más reducido. A nuestro juicio, en obras de este carácter (tramos de autopista, de líneas de ferrocarril, etc.) las licitaciones no deberían ser superiores a los 5.000/6.000 millones de pesetas.

Además de esto, el sistema de concurso de proyecto y obra, en el que el licitador debe realizar el proyecto, constituye, a todas luces y, sobre todo, cuando el proyecto supone un coste muy elevado, un sistema que genera discriminación en perjuicio de aquellas empresas con menor capacidad económica, esto es, las medianas y pequeñas, dejando fuera a las medianas empresas que, normalmente, sí se dedicaban a esta actividad.

■ Tema similar al planteado con anterioridad y que merece nuestra crítica es que en materia de concursos de obras de conservación de carreteras se viene observando una creciente tendencia a concursos de conservación de grandes tramos, a veces de hasta 500/600 km. Esto dificulta, una vez más, la competencia, ya que sólo las más grandes empresas pueden concurrir por disponer de medios en todas las provincias afectadas por los tramos en concurso.

■ Es imprescindible que la manera de tratar las bajas temerarias sea uniforme en todos los casos. La Ley admite que, en tal supuesto, la Administración pueda solicitar información a los licitadores “temerarios” para que justifiquen, técnica o económicamente, la razón de esa oferta anormalmente baja. Pues bien, este principio debería aplicarse en todos los casos o quedar excluido para todos. Lo que no parece conveniente, porque genera una

gran subjetividad en la decisión, es que se solicite en unos casos sí y en otros no.

■ Constituyendo la reducción del déficit público uno de los objetivos claros de la nueva Administración Central del Estado, entendemos que se debe dar un mayor peso a las ofertas económicas que a las técnicas, contrariamente a lo que viene sucediendo en el último año. Así seguimos proponiendo que el peso de la puntuación técnica sea del 30% en concursos o del 50% en concursos con variante. Cuanto más restrictivos son los concursos, menores son las bajas, e, incluso, en algunos casos recientes, las propuestas económicas llegan a superar los precios de licitación al restringirse la oferta.

■ La entrada en vigor de las modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el nuevo sistema de Clasificación de Contratistas que propone el borrador de Reglamento que se está elaborando, ha generado una gran preocupación en nuestras empresas, porque endurece sensiblemente los requisitos que tienen que cumplir para obtener la categoría que les da derecho a concursar. Esto ha obligado a ANCI a un seguimiento técnico y a posicionarse sobre la redacción del Reglamento y, en particular, de la parte correspondiente a la clasificación, pidiendo al órgano competente que su texto se adecue a la realidad del sector en este momento y no lleve a tensionar la situación de las empresas y a hacer más difícil la contratación y el crecimiento de las empresas medianas, que son las que significativamente está asociadas en ANCI, ya que, en definitiva, no resultan más que obstáculos a la presentación de empresas medianas a las ofertas públicas.

■ Hoy se están dando claras actitudes que parecen apuntar hacia una concertación de precios en determinados grupos de empresas, como lo ponen de manifiesto varios hechos:

a) que en cinco concursos del macroproyecto Metrosur, de la Comunidad de Madrid, se presentan 5 empresas que, por pura casualidad obviamente, cada una de ellas presenta la oferta más baja en una sola licitación y sólo en una.

b) que algunos concursos donde se han introducido cláusulas limitativas por tamaño u otras causas, se han resuelto con precios superiores al de licitación, no inferiores.

■ Finalmente, pero no en último lugar, queremos denunciar las desorbitadas subidas de algunas materias primas, como el betún o el fuel-oil ligante, que debieran hacer que la Administración, ante la inutilidad de las actuales fórmulas polinómicas de revisión de precios, encuentre algún sistema de compensación, como el que arbitró en 1981, que restituya el equilibrio y compense estos sobrecostes.

Y una cuestión más, de reciente actualidad. Debemos advertir al Ministerio de Hacienda que reclamar a las constructoras el pago del IVA antes de haber cobrado el coste de su realización, además de injusto y abusivo, es muy peligroso, pues pondrá fuera de mercado muchas empresas del sector que se verán abocadas a una injusta e inducida suspensión de pagos.

La cruzada contra la siniestralidad laboral en la Construcción, superior a la de otros sectores productivos, es un objetivo claro de nuestras empresas, que no escatiman medios y sistemas para hacerla frente, como lo demuestra el reconocimiento social que, en forma de Premio a la Seguridad en el Trabajo, ha alcanzado alguna de ellas (como es el caso de nuestra asociada Rubau, galardonada por el APA) y que debe servir de acicate a la tarea de las demás en esta política prevencionista de los riesgos laborales.

Hasta aquí nuestra candente problemática actual. Pero aprovechando la singularidad del momento que os decía al principio, originada por el inicio de una nueva etapa política, al menos en la Administración Central, me permito hacer alguna reflexión más.

La Junta Directiva acordó en su última reunión la creación de una sociedad anónima con el nombre de ANCI, S.A., que pueda servir para desarrollar actividades que corresponden más a una sociedad anónima mercantil que a una asociación empresarial. Confío en que sea aprobada su constitución en la Asamblea Extraordinaria que tendrá lugar a continuación.

Por otro lado, si me permitís os quiero llamar la atención sobre la nueva economía y el proceso de globalización en marcha que lleva a unas concentraciones de empresas que, como es lógico, también han llegado al sector de la construcción español. Dadas las magnitudes necesarias para acometer los grandes proyectos está claro que vamos a ser testigos de fusiones entre las seis grandes constructoras del país, con toda la repercusión que ello pueda tener para las medianas como nosotras, que nos vamos a ver comprimidos entre las grandes, de nuevo más grandes y menos numerosas, y las pequeñas, que se mueven en ámbitos menores, municipales o comarcales. Nosotros, que tenemos vocación de operar –y de presencia– en el ámbito de todo el Estado, debemos estar atentos a esta tendencia que nos puede robar cuota de mercado por arriba e impedir el legítimo crecimiento al que tenemos derecho y al que aspiramos en cumplimiento de nuestra función social.

En un balance anual no puedo concluir sin un capítulo de agradecimientos. En primer lugar, quiero agradecer a nuestras asociaciones hermanas, SEOPAN y AERCO, la mutua colaboración que nos

prestamos, aunque, a veces, nos separen diferencias de criterio en ciertos puntos. Esperamos avanzar en esta línea de colaboración, tratando de coincidir eficazmente en puntos de encuentro.

También quiero agradecer a todas las Administraciones Públicas la ayuda, colaboración y receptividad que han prestado a nuestras propuestas, aunque, como se ha podido ver, nos quedan todavía muchos temas en donde caben mayores grados de coincidencia.

Y, para terminar, permitirme que resuma mi intervención en unas breves palabras. El mensaje de La Administración debe ser consciente de la necesidad que tiene de conservar el tejido empresarial mediano y pequeño en el sector de la construcción de obra civil. De no hacerlo, de continuar con su estrategia de fijar limitaciones técnicas o económicas, muchas de ellas artificiales, se llegará a una situación en la que sólo unos pocos, grandes, muy grandes, controlarán el mercado, acordarán los precios, decidirán los repartos y elevarán, sin duda, el coste final de las obras, perjudicando así el equilibrio presupuestario.

Si esa oligopolización plena se alcanza –un cierto grado parcial ya existe– la Administración será controlada por las empresas y no a la inversa. Y eso ni es libertad de empresa, ni es globalización.

Muchas gracias.

Edita: **Servicios Técnicos de ANCI**

Producción gráfica: **Indescolor S.L.**

Depósito Legal: M-32.170-2000



EMPRESAS ASOCIADAS:

ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A.
ALPI, S.A.
ALTEC, S.A.
AZVI, S.A.
CIMSA, S.A.
CONSTRUCTORA HISPÁNICA, S.A.
COPASA, S.A.
COPCISA, S.A.
JOCA, S.A.
MARCOR EBRO, S.A.
PENINSULAR DE CONTRATAS, S.A.
PLODER, S.A.
PROBISA, S.A.
PUENTES, S.A.
CONSTRUCCIONES RUBAU, S.A.
GRUPO S, CONSTRUCCIONES SANDO, S.A.
CONSTRUCCIONES SARRIÓN, S.A.
SOSEGOSA, S.A.

ANCI, Asociación Nacional de
Constructores Independientes
Paseo de la Castellana, 119, 2^º dcha.
28036 Madrid.
Tel.: 915 550 539 - Fax: 915 554 005
E-mail: anci@atenet.edu