INFORMES DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

INDICE

CONTRATOS DE OBRAS.....16

INFORME 3/95, DE 22 DE MARZO DE 1995. CONTRATOS DE OBRAS. 5.20. CONTRATOS DE ASISTENCIA. CLASIFICACIÓN. EXIGENCIA DE DOBLE CLASIFICACIÓN COMO CONTRATISTA DE OBRAS Y COMO EMPRESA CONSULTORA Y DE SERVICIOS.....16

INFORME 6/95, DE 22 DE MARZO DE 1995. CONTRATOS DE OBRAS. OBRAS COMPLEMENTARIAS. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO.....18

INFORME 8/95, DE 25 DE ABRIL DE 1995. CONTRATOS DE OBRAS. CONCEPTOS GENERALES. POSIBILIDAD DE CONTRATAR MEDIANTE UN CONTRATO GENÉRICO DISTINTAS ACTUACIONES REPETITIVAS PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO. 22

INFORME 15/95, DE 8 DE JUNIO DE 1995: CONTRATOS DE OBRAS. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. CÁLCULO DEL PORCENTAJE DE ALTERACIÓN QUE SOBRE EL PRECIO DEL CONTRATO SUPONE UNA DETERMINADA MODIFICACIÓN DEL MISMO.....25

INFORME 32/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE OBRAS. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. CÁLCULO DEL PORCENTAJE DE ALTERACIÓN QUE SOBRE EL PRECIO DE UN CONTRATO SUPONE UNA DETERMINADA MODIFICACIÓN DEL MISMO.....27

INFORME 22/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. CONTRATOS DE OBRAS. CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE CONCURREN EN UNA UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS. EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN A TODAS LAS EMPRESAS EN FUNCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO, SIN POSIBILIDAD DE ADMITIR EMPRESAS CLASIFICADAS PARA OTROS CONTRATOS. 30

INFORME 23/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. CONTRATOS DE OBRAS. CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS. IMPROCEDENCIA DE LA EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN EN CONTRATOS CUYO PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN ES INFERIOR AL ESTABLECIDO PARA SU APLICACIÓN COMO REQUISITO QUE HAN DE CUMPLIR LAS EMPRESAS. 33

INFORME 38/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE OBRAS. FIANZAS Y GARANTÍAS. GARANTÍA EN CASOS DE ADJUDICACIONES EN FAVOR DE UNA PROPOSICIÓN INCURSA EN PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD.....39

INFORME 44/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE OBRAS. FIANZAS Y GARANTÍAS. POSIBILIDAD DE REAJUSTAR AL PORCENTAJE GENERAL DEL 4 POR 100, EL IMPORTE DE LAS GARANTÍAS DEFINITIVAS DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS EN PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD.....42

INFORME 48/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE OBRAS. CONCEPTOS GENERALES. EXIGENCIA A LOS LICITADORES DE OTROS DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA O PROFESIONAL, ADEMÁS DEL CERTIFICADO DE CLASIFICACIÓN.....45

INFORME 63/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. CONTRATOS DE OBRAS. EJECUCIÓN DE LAS OBRAS Y ABONO AL CONTRATISTA. DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA TRANSMISIÓN O CESIÓN DE CERTIFICACIONES DE OBRA Y CON SU EMBARGO.....48

INFORME 66/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. CONTRATO DE OBRAS. EJECUCIÓN DE LAS OBRAS Y ABONO AL CONTRATISTA. EMBARGO DE CERTIFICACIONES DE OBRA, DERIVADAS DE CONTRATOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 51

INFORME 8/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATO DE OBRAS. CONCEPTOS GENERALES. MÉTODO O FÓRMULAS PARA VALORAR EL PRECIO COMO CRITERIO DE SELECCIÓN DE OFERTAS EN EL CONCURSO.....54

INFORME 17/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE OBRAS. REVISIÓN DE PRECIOS. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS. 59

INFORME 24/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE OBRAS. REVISIÓN DE PRECIOS. VIGENCIA O DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 4.2 DEL DECRETO-LEY 2/1964, DE 4 DE FEBRERO, SOBRE UMBRALES DE LA REVISIÓN DE PRECIOS. 61

INFORME 29/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE OBRAS. VARIOS. DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS, SU ABONO RESPECTO DE LAS REALIZADAS CON ANTICIPACIÓN A LA PREVISIÓN DE EJECUCIÓN, Y FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS. POSIBILIDAD DE CONCURRENCIA DE LAS COMUNIDADES DE BIENES A LOS CONTRATOS. 65

INFORME 2/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. TRÁMITE DE FISCALIZACIÓN DE LA APROBACIÓN DEL GASTO EN LOS EXPEDIENTES PARA LA CONTRATACIÓN CONJUNTA DE LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO Y LA EJECUCIÓN DE LA OBRA. 68

INFORME 8/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. CONCURRENCIA DE VARIAS PERSONAS A LA ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO (UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS). TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO DE OBRAS (ART. 146.4). EFECTOS DE LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA DEFINITIVA. 76

INFORME 18/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "POSIBILIDAD DE LICITAR A LA BAJA EL PRESUPUESTO DE SEGURIDAD Y SALUD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5 DEL REAL DECRETO 1627/1997, DE 24 DE OCTUBRE" 81

INFORME 19/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. EJECUCIÓN DE LAS OBRAS Y ABONOS AL CONTRATISTA. "PREVISIÓN EN LOS PLIEGOS DE LOS ABONOS POR ANTICIPOS A CUENTA EN FAVOR DEL CONTRATISTA". 85

INFORME 24/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. FIANZAS Y GARANTÍAS. "POSIBILIDAD DE PROCEDER A LA INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA PROVISIONAL CONSTITUIDA EN LOS SUPUESTOS DE PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD POR CONSIDERAR QUE EXISTE RETIRADA INJUSTIFICADA DE OFERTAS" 89

INFORME 29/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE CONCURSOS EN LOS CONTRATOS DE OBRAS". 91

INFORME 30/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "INCAUTACIÓN DE GARANTÍAS PROVISIONALES EN CASO CONSIDERACIÓN COMO TAL DE LA FALTA DE RETIRADA INJUSTIFICADA DE OFERTAS Y JUSTIFICACIÓN REQUERIDA EN LOS SUPUESTOS DE BAJA TEMERARIA". 95

INFORME 35/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "POSIBILIDAD DE INCREMENTAR EL PRESUPUESTO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LOS CASOS DE PROYECTOS MODIFICADOS CON ADICIONAL DE OBRA" 102

INFORME 7/99, DE 17 DE MARZO DE 1999. "INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123.1 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 12.4 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS RESPECTO DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBRAS DE REFORMA Y OBRAS DE REPARACIÓN" 108

INFORME 10/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "CONSIDERACIÓN DE LOS ABONOS O ANTICIPOS A CUENTA POR MAQUINARIA A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS PARA DETERMINAR EL 20 POR 100 DEL IMPORTE DEL CONTRATO EXENTO DE REVISIÓN". 114

INFORME 11/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "POSIBILIDAD DE INTRODUCCIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LAS OBRAS MUNICIPALES DE CLÁUSULAS QUE TENGAN EN CUENTA EL ÍNDICE DE SINIESTRALIDAD LABORAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN, COMO REQUISITO DE SOLVENCIA TÉCNICA O COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN". 116

INFORME 16/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "TRAMITACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS. INVIABILIDAD DE APLICACIÓN CUANDO LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PRINCIPAL HA CONCLUIDO". 123

INFORME 27/99, 30 DE JUNIO DE 1999. "RENUNCIA POR PARTE DEL CONTRATISTA A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO" 128

INFORME 37/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, SOBRE

RETENCIONES ADICIONALES PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS Y RESPECTO DE LA CONSIDERACIÓN DE CONCEPTOS EXPRESADOS EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA DE LA LEY 50/1998, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL". 131

INFORME 49/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "CONSIDERACIÓN COMO EXCEPCIONALES LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN CUYO OBJETO ES LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO Y LA EJECUCIÓN DE LA OBRA POR EL CONTRATISTA".....136
INFORME 65/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "SISTEMA DE REVISIÓN DE PRECIOS APLICABLE RESPECTO DE LOS ANTICIPOS POR MAQUINARIA". 140

CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS 142

INFORME 33/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. APLICACIÓN A LOS CONCESIONARIOS DE CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA QUE DESEEN ADJUDICAR. 142

INFORME 37/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRA EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD PARA LAS PRESTACIONES SANITARIAS A LOS BENEFICIARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COMO CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 146

INFORME 41/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE CONTRATAN CON LA ADMINISTRACIÓN LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 152

INFORME 44/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES. INCLUSIÓN DE DETERMINADAS CLÁUSULAS SOBRE APORTACIONES VOLUNTARIAS, COMO PRIMAS DE ADJUDICACIÓN POR LAS EMPRESAS ADJUDICATARIAS, EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LAS CORPORACIONES LOCALES. 155

INFORME 4/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. CONTRATACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE RECOGIDA DE BASURAS, SU TRATAMIENTO, LIMPIEZA VIARIA Y EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN DEL CONTRATISTA. 157

INFORME 24/96, DE 30 DE MAYO DE 1996. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. REQUISITOS DE CAPACIDAD DE LAS EMPRESAS PARA CONCURRIR A UN CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA, DE ADAPTACIÓN DE UN INMUEBLE PARA RESIDENCIA UNIVERSITARIA Y POSTERIOR EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO. 160

INFORME 27/96, DE 30 DE MAYO DE 1996. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. FIANZAS Y GARANTÍAS. LEGISLACIÓN A APLICAR EN LOS SUPUESTOS DE EXPEDIENTES DE LICITACIONES PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS, EN LO QUE AFECTA A LA EXIGENCIA DE GARANTÍAS, TANTO PROVISIONALES COMO DEFINITIVAS. 165

INFORME 61/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO. 169

INFORME 18/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS Y SANEAMIENTO EN EL ÁMBITO DE UN CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 171

INFORME 25/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONCEPTOS GENERALES. INAPLICACIÓN A LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS DEL LÍMITE DE DIEZ AÑOS DE DURACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 8, C), DE LA LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO. 175

INFORME 55/97, DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997. PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y GENERALES. "PLIEGO DE BASES Y PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA CONCURSO PÚBLICO Y ADJUDICACIÓN DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE AUTOPISTA DE PEAJE ALICANTE-CARTAGENA".....178

INFORME 14/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS. "CONSULTA SOBRE ACTUALIZACIÓN DE TARIFAS DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS". 185

INFORME 17/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "POSIBLE INCLUSIÓN DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES COMO FACTOR DE COSTE DE LAS TARIFAS DE SUMINISTRO DE AGUA POTABLE"....187

INFORME 47/98, DE 17 DE MARZO DE 1999. "PRÓRROGA DEL PLAZO DE UNA CONCESIÓN". 188

INFORME 9/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "POSIBILIDAD DE PRORROGAR UN CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE COMO CONTRAPRESTACIÓN A LA REALIZACIÓN DE OBRAS POR LA EMPRESA ADJUDICATARIA". 194

INFORMES 20, 23 Y 25/99, DE 6 DE MAYO DE 1999. "PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN POR PROCEDIMIENTO ABIERTO Y POR CONCURSO LA CONCESIÓN POR 50 AÑOS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE DIVERSOS TRAMOS DE AUTOPISTAS". 197

INFORME 24/99, DE 6 DE MAYO DE 1999. "PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN POR PROCEDIMIENTO ABIERTO Y POR CONCURSO DE LA CONCESIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE DIVERSOS TRAMOS DE AUTOPISTAS DE PEAJE". 205

INFORME 33/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "POSIBILIDAD DE INCLUIR EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CLÁUSULAS RELATIVAS A LA ADHESIÓN DEL CONTRATISTA A UN SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO EN SUS RELACIONES CON LOS USUARIOS". 213

INFORME 36/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA DEFINITIVA Y POSIBILIDAD DE SU INCAUTACIÓN ANTES DE SER ACORDADA SU DEVOLUCIÓN. CONSIDERACIÓN COMO INTERESADO DEL DENOMINADO 'CONTRAVALISTA'"....220

INFORME 39/99, DE 10 DE JUNIO DE 1999. "PROPUESTA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN FORMULADA POR LA MESA DE CONTRATACIÓN DE DECLARAR DESIERTO EL CONCURSO DE CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE UN TRAMO DE LA AUTOPISTA DE PEAJE SANTIAGO-ORENSE". 224

INFORME 40/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "SOBRE APLICACIÓN DE BAJAS DESPROPORCIONADAS O TEMERARIAS EN CONCURSOS Y SOBRE UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN CASOS DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO DESIERTO". (VER INFORME EN 8.1.) 230

INFORME 44/99, DE 28 DE JULIO DE 1999. "PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA ADJUDICACIÓN POR PROCEDIMIENTO ABIERTO Y CONCURSO, EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN DEL CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA AUTOPISTA DE PEAJE LEÓN-ASTORGA". 236

INFORME 57/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "CONSULTA SOBRE SI EL PRECIO DE UN CONTRATO DE SERVICIO PÚBLICO COMO RECOGIDA DOMICILIARIA DE BASURAS Y OTROS, ES EL IMPORTE DE UNA ANUALIDAD O BIEN LA SUMA DE LAS ANUALIDADES EN LAS QUE SE LLEVA A CABO EL CONTRATO". 243

CONTRATOS DE SUMINISTRO....246

INFORME 1/95, DE 22 DE MARZO DE 1995. CONTRATOS DE SUMINISTRO. CLÁUSULAS DE REVISIÓN DE PRECIOS. APLICACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO. 246

INFORME 10/95, DE 8 DE JUNIO DE 1995. CONTRATOS DE SUMINISTRO. CONCEPTOS GENERALES. ADQUISICIONES DIRECTAS DE LOS LABORATORIOS DE LAS ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS POR LOS CENTROS E INSTITUCIONES HOSPITALARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD....249

INFORME 19/95, DE 26 DE JULIO DE 1995. CONTRATOS DE SUMINISTRO. FORMAS DE ADJUDICACIÓN. OBLIGATORIEDAD O NO PARA LOS ENTES PÚBLICOS ESTATALES DE ADQUIRIR SUS BIENES A TRAVÉS DEL SISTEMA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO DEL ESTADO, CONFORME A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 183.G) Y 184 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 252

INFORME 20/95, DE 26 DE JULIO DE 1995. CONTRATOS DE SUMINISTRO. REVISIÓN DE PRECIOS. REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DERIVADOS DE LOS CONCURSOS DE DETERMINACIÓN DE TIPO

PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 183.G) Y 184 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....254

INFORME 36/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE SUMINISTRO/CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y DE SERVICIOS. PREPARACIÓN DEL CONTRATO. APLICACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 70.4 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SOBRE TRAMITACIÓN ANTICIPADA EN CONTRATOS A EJECUTARSE EN EL SIGUIENTE SERVICIO, CUANDO EL CONTRATO EL CONTRATO SEA ADJUDICADO POR PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN LOS SUPUESTOS DE DETERMINADOS POR EL ARTÍCULO 183.G), RESPECTO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y POR EL ARTÍCULO 211.F), RESPECTO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS. 258

INFORME 1/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. CONTRATOS DE SUMINISTROS. CONCEPTOS GENERALES. ADQUISICIÓN POR EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO NEGOCIADO DE BIENES DE EQUIPO NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE PROGRAMAS DE INVESTIGACIÓN EN LA UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES. 261

INFORME 37/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE SUMINISTRO. VARIOS. CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y EL AYUNTAMIENTO DE HORNACHUELOS (CÓRDOBA), DE ADHESIÓN AL RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN DE BIENES HOMOLOGADOS.....264

INFORME 46/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE SUMINISTRO. CONCEPTOS GENERALES. CONSULTA SOBRE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN A COMPRA. 268

INFORME 45/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE SUMINISTRO. REVISIÓN DE PRECIOS. REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y DE SERVICIOS.. 273

INFORME 51/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. NATURALEZA JURÍDICA DE UN CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN BARCO. 278

INFORME 13/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. FORMAS DE ADJUDICACIÓN. IMPROCEDENCIA DE EMPLEAR COMO CRITERIOS OBJETIVOS DE VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES EN LOS CONCURSOS LOS MEDIOS QUE SE ESPECIFICAN PARA VALORAR LA SOLVENCIA DE LAS EMPRESAS Y, EN CONCRETO, LA EXPERIENCIA DE LOS SUMINISTRADORES". 281

INFORME 21/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO CUYO OBJETO ES LA COMPRA DE SEMOVIENTES". 286

INFORME 22/98, DE 22 DE JUNIO DE 1998. FIANZAS Y GARANTÍAS. "POSIBILIDAD DE CONSTITUIR LA GARANTÍA DEFINITIVA DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO POR ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES, MEDIANTE PRENDA DEL BIEN MUEBLE QUE UTILIZA LA ADMINISTRACIÓN". 288

INFORME 38/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE CONCESIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL".....291

INFORME 45/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "PLIEGO DE BASES Y PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA CONCURSO POR PROCEDIMIENTO ABIERTO DE CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA AUTOPISTA DE PEAJE COSTA DEL SOL. TRAMO: ESTEPONA-GUADIARO". 293

INFORME 19/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "APLICACIÓN A LOS CONTRATOS MENORES DE SUMINISTRO FABRICACIÓN DE LOS LÍMITES CUANTITATIVOS FIJADOS PARA EL CONTRATO MENOR DE OBRAS O PARA LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO". 300

INFORME 46/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "EXIGIBILIDAD A TODAS LAS EMPRESAS COMPONENTES DE UNA UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DE LOS MISMOS REQUISITOS REFERIDOS A LA SOLVENCIA TÉCNICA". 305

INFORME 35/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "ADAPTACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LA DIRECTIVA 93/36/CEE, SOBRE COORDINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO, Y VALORACIÓN DE LOS TÉRMINOS DE LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DETERMINADO". 308

INFORME 55/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "ADQUISICIONES DE BIENES CULTURALES; RÉGIMEN APLICABLE PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO HISTÓRICO. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO; VALORACIÓN POR LA JUNTA DE CALIFICACIÓN,

VALORACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL O POR LOS ÓRGANOS O SERVICIOS DEL MUSEO ADQUIRENTE". 310

CONTRATOS ESPECIALES. 314

INFORME 29/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. «CALIFICACIÓN DEL CONTRATO QUE TIENE POR OBJETO "OBRAS DE CORTA, SACA Y TRANSPORTE DE MADERA CON DESTINO AL ASERRADERO DE LOS MONTES "MATAS" Y "PINAR DE VALSAÍN" Nº 1 Y 2 DEL C.U.P. "». 314

INFORME 47/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "NATURALEZA DE LOS CONTRATOS CUYO OBJETO CONSISTE EN LA ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DE CURSOS DE IDIOMAS EN EL EXTRANJERO PARA BECARIOS DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA Y, EN SU CASO, EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN." 317

CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y DE ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS, NO HABITUALES 324

INFORME 12/95, DE 8 DE JUNIO DE 1995. CONTRATOS DE ASISTENCIA. CLASIFICACIÓN. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS APLICABLE EN UN CONTRATO DE ASISTENCIA. NECESIDAD DE DETERMINAR EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN EN EL PLIEGO QUE REGIRÁ EL MISMO. 324

INFORME 21/95, DE 26 DE JULIO DE 1995. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y DE SERVICIOS. CONCEPTOS GENERALES. DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS. 326

INFORME 25/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS, NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. CONDICIÓN DE LAS EMPRESAS EN LOS CONTRATOS DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS, NO HABITUALES, RESPECTO DE SU CARÁCTER DE PERSONA FÍSICA O JURÍDICA. 328

INFORME 36/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE SUMINISTRO/CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y DE SERVICIOS. PREPARACIÓN DEL CONTRATO. APLICACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 70.4 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SOBRE TRAMITACIÓN ANTICIPADA EN CONTRATOS A EJECUTARSE EN EL SIGUIENTE SERVICIO, CUANDO EL CONTRATO EL CONTRATO SEA ADJUDICADO POR PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN LOS SUPUESTOS DE DETERMINADOS POR EL ARTÍCULO 183.G), RESPECTO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y POR EL ARTÍCULO 211.F), RESPECTO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS. 332

INFORME 38/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y DE SERVICIOS/CONTRATOS DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS, NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS QUE SE CELEBREN CON FACULTATIVOS PARA LA REDACCIÓN DE PROYECTOS Y DIRECCIONES DE OBRA.. 335

INFORME 46/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN DE TRABAJOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA. 341

INFORME 51/95, DE 7 DE MARZO DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. CONTRATOS DE SEGUROS, POSIBLES EMPRESAS CONTRATISTAS Y REFERENCIAS A LOS CORREDORES DE SEGUROS.....343

INFORME 3/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. EXIGENCIA DE LA CONDICIÓN DE EMPRESARIO EN SUPUESTOS DE PERSONA FÍSICA O JURÍDICA A LOS CONTRATISTAS. 346

INFORME 31/96, DE 30 DE MAYO DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. DETERMINACIÓN DEL TIPO DE CONTRATO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS BANCARIOS, DE SERVICIOS DE SEGUROS, SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, SERVICIO DE TELÉFONO, ACTIVIDADES CULTURALES Y RECREATIVAS. 349

INFORME 32/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. INVIABILIDAD DE CELEBRAR CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS O DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. 352

INFORME 34/96, DE 30 DE MAYO DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. CONSIDERACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE PRÉSTAMO COMO CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 354

INFORME 45/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE SUMINISTRO. REVISIÓN DE PRECIOS. REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y DE SERVICIOS. 358

INFORME 49/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CLASIFICACIÓN. DUDAS SOBRE CLASIFICACIÓN EXIGIDA EN LA CONTRATACIÓN DEL MANTENIMIENTO DEL ALUMBRADO PÚBLICO Y OTRAS DEPENDENCIAS MUNICIPALES. 363

INFORME 55/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL DEPOSITARIO DE BIENES EMBARGADOS Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA ASISTENCIA JURÍDICA POR ABOGADOS EN EJERCICIO Y PARA LA VALORACIÓN DE BIENES POR PERITOS. 367

INFORME 64/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. . CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. REDACCIÓN DE PROYECTOS. INNECESARIEDAD DE VISADO DE COLEGIOS PROFESIONALES Y NO VINCULACIÓN DEL PRECIO A TARIFAS OFICIALES. 375

INFORME 65/96, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS, GENERALES Y PARTICULARES. CONTENIDO Y PREVISIÓN EN LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DEL NÚMERO DE LICENCIAS DE USO EN LA ADQUISICIÓN DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS. 380

INFORME 68/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CONVENIOS DE COLABORACIÓN. CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE UN ORGANISMO AUTÓNOMO Y UNA UNIVERSIDAD. 384

INFORME 1/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. PREPARACIÓN DEL CONTRATO. CONSULTA SOBRE SI UN CONTRATO PARA LA REALIZACIÓN DE UNA AUDITORÍA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA Y URBANÍSTICA RESULTA EXIGIBLE TÍTULO DE AUDITOR DE CUENTAS INSCRITO EN EL REGISTRO OFICIAL DE AUDITORES DE CUENTAS. 387

INFORME 2/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS. POSIBILIDAD DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO A UNA PERSONA FÍSICA QUE ACTÚA EN REPRESENTACIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA Y SOBRE SI LA EXCEPCIÓN DE CLASIFICACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 26.1 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PUEDE EXTENDERSE A ENTIDADES ASOCIATIVAS DE ARQUITECTOS. 391

INFORME 7/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. PLIEGOS DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS, GENERALES Y PARTICULARES. APLICACIÓN DE NORMAS Y CLAÚSULAS ESPECÍFICAS DE LOS CONTRATOS DE OBRAS A LOS CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES.. 394

INFORME 12/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS. EXENCIÓN DE CLASIFICACIÓN, POR RAZONES EXCEPCIONALES DE INTERÉS PÚBLICO, DEL INSTITUTO CARTOGRÁFICO DE CATALUÑA, ORGANISMO AUTÓNOMO Y CELEBRACIÓN DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN ENTRE ORGANISMOS PÚBLICOS. 396

INFORME 13/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CONCEPTOS GENERALES. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 201, APARTADOS 4 Y 5, DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 400

INFORME 27/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS.

IMPROCEDENCIA DE LA EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN DE UNA EMPRESA CON POSTERIORIDAD A LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO. 403

INFORME 56/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. "INVIABILIDAD DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO A DIVERSOS PROFESIONALES SIN CONCURRIR EN UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS". 405

INFORME 23/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "INTERVENCIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN CON LA EMPRESAS ADJUDICATARIAS DE UN CONTRATO MARCO Y DURACIÓN DE LAS PRÓRROGAS EN CONTRATOS DE SERVICIOS. 407

INFORME 26/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. PREPARACIÓN DEL CONTRATO. "CONSULTA EN RELACIÓN A CONTRATOS DE HOSTELERÍA QUE SE CELEBRAN CON MOTIVO DE CACERÍAS EN FINCAS, DEL ORGANISMO AUTÓNOMO PARQUES NACIONALES". 411

INFORME 32/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. "INVIABILIDAD DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO A DIVERSOS PROFESIONALES SIN CONCURRIR EN UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS". 414

INFORME 36/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "CALIFICACIÓN, COMO DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA O DE SERVICIOS, DE UN CONTRATO CON OBJETO CONSTITUIDO POR DIVERSAS PRESTACIONES. PUBLICIDAD COMUNITARIA DE LICITACIONES". 416

INFORME 40/98, DE 16 DICIEMBRE DE 1998. "RESOLUCIÓN DE CONTRATOS NO FORMALIZADOS Y DEVOLUCIÓN O INCAUTACIÓN DE GARANTÍAS DEFINITIVAS". 420

INFORME 42/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "CONVENIO ENTRE LA DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS HIDRÁULICAS Y FUNDACIÓN AGUSTÍN DE BETHENCOURT PARA TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO DE SISTEMAS RACIONALIZADOS PARA AUTOGESTIÓN EN CONTRATACIÓN DE PROYECTOS Y OBRAS HIDRÁULICAS. APLICACIÓN DE NORMAS REGULADORAS DE LOS CONTRATOS". 424

INFORME 14/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES". 427

INFORME 31/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "INCLUSIÓN EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE DETERMINADOS CONTRATOS DE UNA CLÁUSULA QUE DETERMINE LA OBLIGACIÓN DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA A SUBROGARSE EN LOS CONTRATOS LABORALES DEL PERSONAL DE LA EMPRESA QUE ANTERIORMENTE PRESTABA EL SERVICIO". 431

INFORME 34/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DEL PRECIO OFERTADO Y LA INCIDENCIA EN EL MISMO DE LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS PACTADAS EN CONVENIOS COLECTIVOS EN SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS PRECIOS DEL SERVICIO Y LA POSIBILIDAD DE ESTIMAR LAS OFERTAS QUE NO LA APLIQUEN COMO BAJAS TEMERARIAS". 433

INFORME 38/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "FECHA LÍMITE PARA LA PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES POR CORREO Y REQUISITOS PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA FECHA DE IMPOSICIÓN Y ANUNCIO DE LA REMISIÓN DE LA OFERTA". 437

INFORME 41/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "NATURALEZA DE CIERTOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL INSTITUTO DE CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES Y EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN". 441

INFORME 47/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "NATURALEZA DE LOS CONTRATOS CUYO OBJETO CONSISTE EN LA ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DE CURSOS DE IDIOMAS EN EL EXTRANJERO PARA BECARIOS DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA Y, EN SU CASO, EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN." (VER INFORME EN 4.1.) 446

INFORME 51/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE QUE LOS HONORARIOS DE UN CONTRATO DE DIRECCIÓN DE OBRAS SE RETENGAN POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN PARA SU ABONO AL ADJUDICATARIO DEL CONTRATO DE OBRAS". 452

CONTRATOS DE INFORMÁTICA 455

INFORME 2/95, DE 22 DE MARZO DE 1995. CONTRATOS DE INFORMÁTICA. CONCEPTOS GENERALES. POSIBILIDAD DE ADMITIR LA OFERTA DE EQUIPOS USADOS EN RESPUESTA A UN PLIEGO DE CONDICIONES QUE NO RECOGE EXPRESAMENTE ESTA POSIBILIDAD. 455

INFORME 11/95, DE 8 DE JUNIO DE 1995. CONTRATOS DE INFORMÁTICA. PREPARACIÓN DEL CONTRATO. POSIBILIDAD DE ADJUDICAR CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS POR ADJUDICACIÓN DIRECTA CON CONCURRENCIA DE OFERTAS. 459

INFORME 28/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. CONTRATOS DE INFORMÁTICA. CONCEPTOS GENERALES. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN QUE DEBE DARSE A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 87 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, REFERIDO A LOS CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO. 462

INFORME 28/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. CONTRATOS DE INFORMÁTICA. CONCEPTOS GENERALES. COMPETENCIA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES INFORMÁTICOS Y COMPETENCIA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA O DE SERVICIOS EN RELACIÓN CON BIENES INFORMÁTICOS....469

OTROS INFORMES 474

INFORME 4/95, DE 22 DE MARZO DE 1995. OTROS INFORMES. INCOMPATIBILIDADES. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON LAS DIVERSAS ADMINISTRACIONES DE LOS PARLAMENTARIOS Y ALTOS CARGOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA, SUS CÓNYUGES Y PARIENTES....474

INFORME 9/95, DE 8 DE JUNIO DE 1995. OTROS INFORMES. CONTRATOS EXCLUIDOS. CONTRATOS CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. 477

INFORME 14/95, DE 8 DE JUNIO DE 1995. OTROS INFORMES. I.V.A. TIPO IMPOSITIVO DE I.V.A. QUE DEBE APLICARSE EN LAS LIQUIDACIONES PROVISIONALES Y OBLIGATORIEDAD DE LA EMISIÓN DE FACTURAS AL FINALIZAR LA OBRA. 480

INFORME 22/95, DE 26 DE JULIO DE 1995. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES/COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y UNA SOCIEDAD ESTATAL. 482

INFORME 24/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES/COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LAS SOCIEDADES INTEGRADAS EN EL GRUPO ENA. 484

INFORME 34/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO/CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS Y OTROS ACUERDOS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. CONSIDERACIÓN DE ORGANISMO PROFESIONAL CUALIFICADO A LOS EFECTOS DE EXTENDER EL OTORGAMIENTO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE A QUE SE REFIERE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 486

INFORME 35/95, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO/CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS Y OTROS ACUERDOS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. CONSIDERACIÓN DE ORGANISMO PROFESIONAL CUALIFICADO A LOS EFECTOS DE EXTENDER EL OTORGAMIENTO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE A QUE SE REFIERE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 489

INFORME 39/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 491

INFORME 40/95, DE 7 DE MARZO DE 1995. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CONTRATOS MENORES. 494

INFORME 41/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE CONTRATAN CON LA ADMINISTRACIÓN LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 499

INFORME 45/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. AMBITO SUBJETIVO. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN AL INSTITUTO CERVANTES DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 502

INFORME 46/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. COMPETENCIA DE LA JUNTA Y CAUCE APROPIADO. INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN DE TRABAJOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA. 507

INFORME 47/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. QUÉ DOCUMENTACIÓN DEBEN PRESENTAR LAS EMPRESAS QUE TENIENDO SU SEDE EN EL PAÍS VASCO DESEEN CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL, A EFECTOS DE JUSTIFICAR QUE SE ENCUENTRAN AL CORRIENTE DE SUS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. 509

INFORME 48/95, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995. OTROS INFORMES. MODIFICACIÓN DE CONTRATOS. POSIBILIDAD DE MODIFICAR UN CONTRATO VIGENTE POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES. 512

INFORME 50/95, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS CONTRATOS. TARIFAS Y HONORARIOS. TARIFAS Y HONORARIOS DE ARQUITECTOS. 515

INFORME 2/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. I.V.A. ERROR EN LA APLICACIÓN DEL TIPO IMPOSITIVO DEL I.V.A. 518

INFORME 5/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CARÁCTER DE LOS CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS O ACTIVIDADES SUSCEPTIBLES DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA QUE SE CONSIDERAN DE INTERÉS Y NECESARIAS PARA LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA. 522

INFORME 7/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. OTROS CONTRATOS. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN PATRIMONIAL COMO ARRENDAMIENTOS Y ADQUISICIONES ONEROSAS DE BIENES INMUEBLES. 527

INFORME 8/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. AMBITO SUBJETIVO. INFORME SOBRE SI LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 6.2 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ES DE APLICACIÓN A LA COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. 530

INFORME 10/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. CONSULTA EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN PRÁCTICA PARA LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS, RESPECTO DE LAS EMPRESAS COMUNITARIAS, EN CUANTO A LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR SEGÚN SU SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA. 532

INFORME 11/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS. CONSULTA SOBRE SI LAS ENTIDADES DE SEGUROS PUEDEN PRESTAR AVAL COMO GARANTÍA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 535

INFORME 13/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CONTRATOS MENORES. 538

INFORME 15/96, DE 7 DE MARZO DE 1996. OTROS INFORMES. OTROS CONTRATOS. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA ENAJENACIÓN DE BIENES DEL INMOVILIZADO MATERIAL A CRÉDITO. 544

INFORME 18/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. OTROS INFORMES. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS. CONSIDERACIÓN DE LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS EN EL CONCURSO Y POSIBILIDAD DE APLICACIÓN A LAS MISMAS DEL CRITERIO DETERMINADO EN EL ARTÍCULO 109 DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN. 549

INFORME 19/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. EXPRESIÓN DE CRITERIO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LA CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO COMO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EFECTUADA POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN. 554

INFORME 20/96, 30 DE MAYO DE 1996. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. CONSIDERACIÓN DE CAUSA DE ABSTENCIÓN EN DECISIONES SOBRE CONTRATACIÓN O CAUSA DE PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR RESPECTO DE REPRESENTANTES DE AYUNTAMIENTOS EN ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN SU CAPITAL. 557

INFORME 26/96, DE 30 DE MAYO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CRITERIOS RESPECTO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS Y EJECUTADOS EN EL EXTRANJERO, PUBLICIDAD DE LAS

ADJUDICACIONES, ACTUACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN CUANDO SOLO EXISTE UNA EMPRESA OFERTANTE, ADQUISICIONES DE BIENES INCLUIDOS EN EL CATÁLOGO DE BIENES DECLARADOS DE USO COMÚN POR LA ADMINISTRACIÓN. 562

INFORME 33/96, DE 5 DE JUNIO DE 1996. OTROS INFORMES. AMBITO SUBJETIVO. NORMATIVA APLICABLE A LOS CONTRATOS QUE ADJUDICA EL ENTE PÚBLICO "AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA" (AENA) 568

INFORME 35/96, DE 30 DE MAYO DE 1996. OTROS INFORMES. CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN. CONSULTA SOBRE CONTRATACIÓN DE ARTISTAS, COMPAÑÍAS Y GRUPOS TEATRALES. 572

INFORME 39/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CONSULTA EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN Y POSIBLE CLASIFICACIÓN DEL ORGANISMO AUTÓNOMOS CENTRO ESPAÑOL DE METROLOGÍA. 574

INFORME 40/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. PETICIÓN DE INFORME SOBRE RECURSO ORDINARIO Y VISTA A UN EXPEDIENTE. 580

INFORME 41/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. OTROS INFORMES. OTROS CONTRATOS. CONSULTA SOBRE DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS. 584

INFORME 50/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. OTROS INFORMES. DESCONCENTRACIÓN Y DELEGACIÓN. PROCEDENCIA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO ORDINARIO CONTRA LOS ACTOS Y ACUERDOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN QUE ACTÚEN CON FACULTADES DESCONCENTRADAS. 592

INFORME 51/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CREACIÓN DE UN REGISTRO DE LICITADORES. 598

INFORME 52/96, DE 22 DE JULIO DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. CREACIÓN DE UN REGISTRO DE CONTRATISTAS DE OBRAS POR UN AYUNTAMIENTO. 606

INFORME 53/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. OTROS INFORMES. RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS. POSIBILIDAD DE DEVOLUCIÓN DE LAS FIANZAS CONSTITUIDAS EN CONTRATOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 48.4 DE ESTA, CUANDO NO SE HAYA PRODUCIDO LA RECEPCIÓN O LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. 618

INFORME 54/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. POSIBILIDAD DE QUE UNA FUNDACIÓN, EN FASE DE CONSTITUCIÓN, PUEDA SER CONTRATISTA CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y COINCIDENCIA DE SU FINALIDAD O ACTIVIDAD CON EL OBJETO DEL CONTRATO. 621

INFORME 56/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. OTROS INFORMES. RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS. SUBSANACIÓN DE LA ACREDITACIÓN DE PODERES EN LAS GARANTÍAS PROVISIONALES PRESTADAS EN FORMA DE CERTIFICADO DE SEGUROS DE CAUCIÓN. 625

INFORME 57/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CONTRATACIÓN EN EL EXTRANJERO. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN RELACIÓN CON LA VIGENCIA DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 11 DEL REAL DECRETO 1120/1977, DE 3 DE MAYO, REGULADOR DE LA CONTRATACIÓN DEL MATERIAL MILITAR EN EL EXTRANJERO. 631

INFORME 58/96, DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. CONSIDERACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD 636

INFORME 60/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. INCOMPATIBILIDAD DE LOS CONCEJALES EN CONTRATOS DE SUMINISTRO CELEBRADOS POR UN AYUNTAMIENTO. 637

INFORME 62/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LOS INFORMES JURÍDICOS EN LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS Y SU APRECIACIÓN EN LOS CONCURSOS. 641

INFORME 67/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO PARA SU ADJUDICACIÓN EN LOS CONTRATOS PRIVADOS. 643

INFORME 68/96, DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996. OTROS INFORMES. CONVENIOS DE COLABORACIÓN. CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE UN ORGANISMO AUTÓNOMO Y UNA UNIVERSIDAD. 650

INFORME 3/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. APLICACIÓN A LOS AYUNTAMIENTOS DEL ARTÍCULO 82 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, REFERENTE A MESAS DE CONTRATACIÓN. 653

INFORME 4/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENEALES. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 70.2 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, EN RELACIÓN CON LAS APORTACIONES DE DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA COFINANCIACIÓN DE CONTRATOS. 655

INFORME 7/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. PLIEGOS DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS, GENERALES Y PARTICULARES. APLICACIÓN DE NORMAS Y CLAÚSULAS ESPECÍFICAS DE LOS CONTRATOS DE OBRAS A LOS CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. 659

INFORME 11/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR INFORME SOBRE CUESTIONES RELATIVAS A OTRO ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y COMPETENCIA DEL ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN QUE DEBE EMITIR INFORME DE CARÁCTER JURÍDICO SOBRE LOS PLIEGOS. 661

INFORME 12/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, DE SERVICIOS Y DE TRABAJOS ESPECÍFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES. CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS. EXENCIÓN DE CLASIFICACIÓN, POR RAZONES EXCEPCIONALES DE INTERÉS PÚBLICO, DEL INSTITUTO CARTOGRÁFICO DE CATALUÑA, ORGANISMO AUTÓNOMO Y CELEBRACIÓN DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN ENTRE ORGANISMOS PÚBLICOS. 663

INFORME 16/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. DIVERSAS CUESTIONES SOBRE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE SOBRE NO ESTAR INCURSA LA EMPRESA EN CAUSA DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 21.5 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 668

INFORME 17/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE OBRAS. REVISIÓN DE PRECIOS. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS. 672

INFORME 21/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. OTROS INFORMES. CONCEPTOS GENERALES. ACTUACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN Y CARACTERÍSTICAS Y APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. 674

INFORME 29/97, DE 14 DE JULIO DE 1997. CONTRATOS DE OBRAS. VARIOS. DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS, SU ABONO RESPECTO DE LAS REALIZADAS CON ANTICIPACIÓN A LA PREVISIÓN DE EJECUCIÓN, Y FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS. POSIBILIDAD DE CONCURRENCIA DE LAS COMUNIDADES DE BIENES A LOS CONTRATOS. 678

INFORME 50/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "CARÁCTER DE LA FACTURA A INCORPORAR AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS MENORES Y SU RELACIÓN CON LOS PAGOS A CUENTA" 681

INFORME 52/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. VARIOS. "NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN MINISTERIAL A UN ORGANISMO AUTÓNOMO PARA APROBAR LA MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN PREVISTA EN EL PLIEGO Y EN EL CONTRATO CUANDO ESTE HA SIDO ADJUDICADO POR LOTES Y EN LA LICITACIÓN CONJUNTA DE ESTOS SE SUPERA EL IMPORTE A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 12.1 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS" 683

INFORME 53/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS Y SU DISTINCIÓN DE LOS MEDIOS EN VIRTUD DE LOS CUALES SE DETERMINA LA SOLVENCIA DE LAS EMPRESAS. EL CRITERIO OBJETIVO DE LA CALIDAD". 687

INFORME 54/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. VARIOS. "NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA DE PODERES PARA ACTOS CONCRETOS EN EL REGISTRO MERCANTIL". 690

INFORME 57/97, DE 2 DE MARZO DE 1998. VARIOS. "CONSULTA EN RELACIÓN A QUIEN DEBE AUTORIZAR CON SU FIRMA LA FORMALIZACIÓN DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO EN UN AYUNTAMIENTO". 692

INFORME 9/97, DE 20 DE MARZO DE 1997. OTROS INFORMES. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. CARACTERISTICAS DE LA EXIGENCIA DEL IMPUESTO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS AL EFECTO DE LA ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. 693

INFORME 1/98, DE 30 DE ENERO DE 1998. "NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES SITOS EN TERRITORIO EXTRANJERO Y EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE LOS MISMOS PARA SEDE DE REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES INTEGRANTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL EXTERIOR". 696

INFORME 6/98, DE 2 DE MARZO DE 1998. RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS. "RÉGIMEN SOBRE LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS POR CUENTA DE SUS CLIENTES A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y CUSTODIADAS POR LA CAJA GENERAL DE DEPÓSITOS PRESTADAS POR ENTIDADES AUTORIZADAS PARA OPERAR EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA". 700

INFORME 4/98, DE 2 DE MARZO DE 1998. CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN. "UTILIZACIÓN DE LA CATEGORÍA DE CONTRATOS MENORES EN LOS CONTRATOS PRIVADOS PARA ACTUACIONES MUSICALES Y TEATRALES". 701

INFORME 7/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. VARIOS. "DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES". 704

INFORME 8/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES.. CONCURRENCIA DE VARIAS PERSONAS A LA ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO (UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS). TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO DE OBRAS (ART. 146.4). EFECTOS DE LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA DEFINITIVA. 708

INFORME 9/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "SOLICITUD DE OFERTAS A EMPRESAS CAPACITADAS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO" 713

INFORME 10/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "CONTRATOS MENORES" 717

INFORME 12/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "TRÁMITES EFECTUADOS EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN INICIADOS EN EL EJERCICIO ANTERIOR A AQUEL EN QUE VAN A EJECUTARSE". 720

INFORME 15/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. CAPACIDAD PARA CONTRATAR E INCOMPATIBILIDADES. "INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJALES Y FAMILIARES PARA CONTRATAR CON EL AYUNTAMIENTO". 723

INFORME 16/98, DE 11 DE JUNIO DE 1998. VARIOS. "OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 59 Y 118 DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, POR EL CONSORCIO DE MIRALL-PALMA-CENTRO HISTÓRICO Y POSIBILIDAD DE SUSTITUIR LA REMISIÓN DE DATOS A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, POR LA QUE EFECTÚE A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES". 727

INFORME 20/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "CONSULTA SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 141.D), 211.D) Y 183.3 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, SOBRE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO" 730

INFORME 21/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. CONCEPTOS GENERALES. "CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO CUYO OBJETO ES LA COMPRA DE SEMOVIENTES". 733

INFORME 24/98, DE 30 DE JUNIO DE 1998. FIANZAS Y GARANTÍAS. "POSIBILIDAD DE PROCEDER A LA INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA PROVISIONAL CONSTITUIDA EN LOS SUPUESTOS DE PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD POR CONSIDERAR QUE EXISTE RETIRADA INJUSTIFICADA DE OFERTAS" 735

INFORME 27/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "PONDERACIÓN DEL CRITERIO DEL PRECIO EN CONCURSOS. 737

INFORME 31/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "DISCREPANCIA DE CRITERIO EN INFORMES ENTRE EL SERVICIO JURÍDICO Y LA INTERVENCIÓN DELEGADA EN ORDEN A LA PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS RESULTANTES DE LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS" 741

INFORME 33/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "PLAN DE PENSIONES DEL PERSONAL DEL AYUNTAMIENTO. NO APLICACIÓN DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS" 747

INFORME 34/98, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998. "RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS QUE CELEBRA EL ENTE GESTOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (GIF), ENTE PÚBLICO ADSCRITO AL MINISTERIO DE FOMENTO, PARA LA REDACCIÓN DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS"....750

INFORME 37/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJALES PARA CONTRATAR CON EL AYUNTAMIENTO. INEXISTENCIA POR SER ACCIONISTAS LA CONCEJALA Y SU ESPOSO DE LA SOCIEDAD SUMINISTRADORA Y ADMINISTRADORA ÚNICA UNA HERMANA DE LA CONCEJALA"....760

INFORME 39/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES POR CORREO POR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN ARTÍCULO 100 DE REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO"....763

INFORME 41/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE SEGURO. LEGALIDAD DE PRÓRROGAS DE CONTRATOS ANTERIORES. APLICACIÓN DE LA FIGURA DE CONTRATO MENOR Y POSIBILIDAD DE TENER EN CUENTA BONIFICACIONES POR BAJA SINIESTRALIDAD"....766

INFORME 42/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "CONVENIO ENTRE LA DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS HIDRÁULICAS Y FUNDACIÓN AGUSTÍN DE BETHENCOURT PARA TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO DE SISTEMAS RACIONALIZADOS PARA AUTOGESTIÓN EN CONTRATACIÓN DE PROYECTOS Y OBRAS HIDRÁULICAS. APLICACIÓN DE NORMAS REGULADORAS DE LOS CONTRATOS"....770

INFORME 44/98, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1998. "POSIBILIDAD DE EXIGENCIA DE DECLARACIÓN RESPONSABLE SOBRE CONTRATACIÓN DE MINUSVÁLIDOS Y UTILIZACIÓN EN LOS CONCURSOS DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN QUE ATRIBUYAN EN LA VALORACIÓN DE LA OFERTA DE UNA PUNTUACIÓN EN FUNCIÓN DE LA ESTABILIDAD DE LA PLANTILLA DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA, EL PORCENTAJE DE TRABAJADORES CON CONTRATO INDEFINIDO, LA EJECUCIÓN DIRECTA DEL OBJETO DEL CONTRATO POR TRABAJADORES DE LA EMPRESA O LAS NUEVAS CONTRATACIONES DE PERSONAL VINCULADAS A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO"....773

INFORME 46/98, DE 17 DE MARZO DE 1999. "CONSIDERACIÓN DE LA SOCIEDAD 'EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A.' (TRAGSA) COMO INSTRUMENTO O MEDIO PROPIO DE UNA ENTIDAD LOCAL, PARA LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES OBJETO DE UN CONTRATO DE OBRAS"....780

INFORME 48/98, DE 17 DE MARZO DE 1999."VALIDEZ COMO CERTIFICACIONES ACREDITATIVAS DE ESTAR AL CORRIENTE DE LAS OBLIGACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS DOCUMENTOS DENOMINADOS 'CERTIFICADO DE SITUACIÓN DE COTIZACIÓN' EXPEDIDAS POR EMPRESAS PARTICULARES"....784

INFORME 2/99, DE 17 DE MARZO DE 1999. "CONTENIDOS DE LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES RESPECTO DE LA INCLUSIÓN DEL TÉRMINO 'EQUIVALENTE' PARA LA DESCRIPCIÓN DE PRODUCTOS; DE LOS MEDIOS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA; OBLIGACIÓN DE EXPRESAR LOS ELEMENTOS O PRODUCTOS INTEGRADOS EN 'STOCKS' DE LA ADMINISTRACIÓN QUE DEBE ASUMIR EL CONTRATISTA"....790

INFORME 3/99, DE 17 DE MARZO DE 1999. "VERACIDAD Y COINCIDENCIA CON EL ORIGINAL DE LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE SE ENTREGAN A LOS CANDIDATOS"....793

INFORME 4/99, DE 17 DE MARZO DE 1999. "ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES CULTURALES A ASOCIACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO Y COOPERATIVAS"....795

INFORME 5/99, DE 17 DE MARZO DE 1999."POSIBILIDAD DE CONTRATAR CON EL AYUNTAMIENTO CONCEJALES Y CON SOCIEDADES EN FORMACIÓN O CON SOCIEDADES CIVILES. PRÓRROGAS EN LOS CONTRATOS"....798

INFORME 5/99, DE 17 DE MARZO DE 1999."POSIBILIDAD DE CONTRATAR CON EL AYUNTAMIENTO CONCEJALES Y CON SOCIEDADES EN FORMACIÓN O CON SOCIEDADES CIVILES. PRÓRROGAS EN LOS CONTRATOS"....805

INFORME 6/99, DE 17 DE MARZO DE 1999."POSIBLE INSTRUCCIÓN DE EXPEDIENTE DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR CONDENA POR SENTENCIA FIRME POR DELITO DE FALSEDAD"....812

INFORME 8/99, DE 17 DE MARZO DE 1999."SUSTITUCIÓN DE LAS CERTIFICACIONES ACREDITATIVAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS Y CON LA SEGURIDAD SOCIAL POR LA DENOMINADA DECLARACIÓN RESPONSABLE"....814

INFORME 12/99, DE 17 DE MARZO DE 1999."CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS PROVISIONALES EN SUPUESTOS DE UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS". 818

INFORME 13/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENAJENACIONES AGROPECUARIAS". 821

INFORME 15/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 94.5 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN CUANTO A LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN QUE IMPONE. CONCEPTO DE INTERESADO EN UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO AL EFECTO DE ACCEDER A LA INFORMACIÓN DE LAS PROPOSICIONES PRESENTADAS POR LAS EMPRESAS CANDIDATAS". 825

INFORME 21/99, DE 17 DE JUNIO DE 1999. "EXIGENCIA ADMINISTRATIVA DE REDACTAR UN ESTUDIO, OBJETO DEL CONTRATO, EXCLUSIVAMENTE EN LENGUA AUTONÓMICA (CATALÁN)". 828

INFORME 22/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN DE DEFECTOS MATERIALES RESPECTO DE LA ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS Y CON LA SEGURIDAD SOCIAL". 830

INFORME 40/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "SOBRE APLICACIÓN DE BAJAS DESPROPORCIONADAS O TEMERARIAS EN CONCURSOS Y SOBRE UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN CASOS DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO DESIERTO". 832

INFORME 26/99, DE 30 DE JUNIO DE 1999. "IMPROCEDENCIA DE RETENER EN LOS ABONOS AL CONTRATISTA ADJUDICATARIO DE UN CONTRATO DE OBRAS DE IMPORTES DESTINADOS AL PAGO DE UN CONTRATO CONSULTORÍA Y ASISTENCIA CONCERTADO PARA LA DIRECCIÓN DE LAS OBRAS". 838

INFORME 43/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "POSIBILIDAD DE CELEBRAR UN ÚNICO CONTRATO PARA LA ADQUISICIÓN DE SUELO, ELABORACIÓN DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE OBRA". 842

INFORME 45/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "CONSIDERACIÓN ACERCA DEL CARÁCTER DE NORMA BÁSICA DEL ARTÍCULO 119 DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO". 847

INFORME 48/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "APLICACIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LAS SOCIEDADES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES EN SUPUESTOS DE FUSIÓN, ESCISIÓN O APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD QUE CONSTA EN CERTIFICADOS DE REFERENCIAS QUE FIGURAN EXPEDIDOS A NOMBRE DE LAS SOCIEDADES QUE SE FUSIONAN, ESCINDEN O APORTAN A OTRA SOCIEDAD UNA RAMA DE SU ACTUACIÓN DEBEN ENTENDERSE PROPIAS DE LAS ENTIDADES RESULTANTES DE LA FUSIÓN, O DE LA ESCISIÓN, O A LA QUE SE HA APORTADO LA RAMA DE ACTIVIDAD CORRESPONDIENTE, AL SERVIR PARA CLASIFICAR A DICHAS ENTIDADES Y PUEDEN SER PRESENTADAS EN LA LICITACIÓN COMO PROPIAS AUNQUE FIGUREN EXPEDIDAS A NOMBRE DE LA ENTIDAD DE DONDE DERIVAN". 849

INFORME 50/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJALES PARA CONCURRIR A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS CUYO OBJETO ES EL TRANSPORTE ESCOLAR CELEBRADOS POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA". 852

INFORME 52/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "COMPATIBILIDAD DE UN CONCEJAL PARA CONTRATAR CON EL AYUNTAMIENTO EL ALQUILER DE UN INMUEBLE DE PROPIEDAD MUNICIPAL PARA EJERCER DICHO CONCEJAL UNA ACTIVIDAD PRIVADA". 854

INFORME 56/99, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. "CONSULTA SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A EFECTOS DE APRECIAR COMO VARIAS PROPOSICIONES PRESENTADAS POR UN LICITADOR LAS PRESENTADAS POR DISTINTAS SOCIEDADES CON EL MISMO OBJETO SOCIAL E IDENTIDAD EN LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN". 856

INFORME 42/99, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1999. "CONSULTA SOBRE CONVENIOS DE COLABORACIÓN A SUSCRIBIR ENTRE UN AYUNTAMIENTO, POR UNA PARTE, Y UNA SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL Y UN CONSORCIO, POR OTRA". 859

Contratos de Obras

Informe 3/95, de 22 de marzo de 1995. Contratos de obras. 5.20. Contratos de asistencia. Clasificación. Exigencia de doble clasificación como contratista de obras y como empresa consultora y de servicios.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Asociación Española de Empresas Consultoras de Ingeniería Civil -Tecniberia Civil- se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

> *"El motivo de esta comunicación es solicitar de esa Junta Consultiva una opinión en los términos en que legalmente pueda ser emitida por ese Organismo, sobre un tema que afecta a nuestras empresas asociadas y que se expone seguidamente.*
>
> *Organismos contratantes de la Administración Pública convocan en ocasiones concursos cuya ejecución requiere la asociación entre empresas constructoras y consultoras. En las convocatorias se exige una clasificación doble, una de ellas correspondiente al constructor y otra que corresponde al consultor.*
>
> *La consulta concreta que se eleva a la consideración de la Junta consiste en determinar si, además, el consultor debe estar clasificado como constructor y viceversa, en una interpretación literal del artículo 4º del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Para poder informar sobre la cuestión suscitada deben realizarse, con carácter previo, determinadas matizaciones a los términos en que aparece redactado el escrito de consulta, pues la ejecución de los contratos a que hace referencia no requerirá siempre e inexcusablemente la asociación entre empresas constructoras y consultoras, pudiendo darse el caso de una sola empresa ejerza ambas actividades y, como consecuencia de ello, haya podido obtener clasificación como contratista de obras y como empresa consultora.

La cuestión suscitada, por tanto, debe abordarse prescindiendo de los problemas de posible asociación entre empresas constructoras y consultoras y de las clasificaciones que las mismas puedan obtener y quedar centrada en determinar si la Administración puede exigir una doble clasificación, como contratista de obras y como empresa consultora, en la convocatoria de un único contrato que, evidentemente, debe contener prestaciones relativas a contratos de obras y a contratos de asistencia, dado que resulta lógico concluir que si se trata de contratos independientes no puede suscitarse, a estos efectos, cuestión alguna en orden a la clasificación exigible.

2. La determinación de la clasificación exigible en cada contrato requiere con carácter previo una calificación del mismo que determine su naturaleza jurídica y una vez que se ha llegado a la consideración del contrato como contrato mixto, es decir, en el caso concreto que se somete a consulta, que contiene prestaciones relativas a contratos de obras y a contratos de asistencia en su modalidad de consultoría, aplicar las normas de la legislación de contratos del Estado que determinan el régimen jurídico de los contratos mixtos.

De las dos posturas doctrinales existentes en orden a la regulación de los contratos mixtos -la teoría de la combinación de normas de las distintas prestaciones y la teoría de la aplicación de normas de la prestación principal-, la vigente legislación de

contratos del Estado se inclina por la segunda al establecer el artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado que "aún cuando el empresario deba realizar obras accesorias de instalación y montaje de los bienes se considerará el contrato como de suministro, siempre que tales operaciones constituyan una obligación impuesta en los correspondientes pliegos de bases" añadiendo que "por el contrario, cuando a juicio del órgano de contratación, dado el tiempo que precise la ejecución de la obra subsiguiente y el porcentaje que represente en el precio total deba considerarse la obra como elemento principal y el suministro como accesorio, se regulará íntegramente el negocio por el Título II del presente Libro".

Esta norma reglamentaria que en su dicción expresa se refiere a contratos mixtos de obras y suministro, aunque debe aplicarse a contratos mixtos de obras y asistencia en virtud de lo preceptuado en el artículo 1 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, permite resolver sin dificultad la cuestión de la clasificación exigible, dado que si el contrato mixto de obra y suministro dará lugar a la exigencia de clasificación sólo cuando se califique como contrato de obras y no de suministro (al no estar establecido este requisito para este último contrato) por idéntica razón, el contrato mixto de obras y asistencia dará lugar a la exigencia de clasificación de contratistas de obras cuando se califique como contrato de tal carácter y a la exigencia de clasificación de empresa consultora cuando el contrato se califique de asistencia, teniendo en cuenta que, como hemos indicado, en los contratos mixtos su calificación determina la aplicación del régimen jurídico correspondiente.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los contratos que comprenden prestaciones típicas de los contratos de obras y de los contratos de asistencia la calificación del contrato como contrato de obras o de asistencia, de conformidad con los criterios del artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado, dará lugar a la exigencia de una u otra clasificación, no de ambas.

Informe 6/95, de 22 de marzo de 1995. Contratos de obras. Obras complementarias. Interpretación del artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado.

ANTECEDENTES

El Director General del Patrimonio del Estado solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto a si es correcto y ajustado a la normativa de contratación el criterio de la Subdirección General de Edificios Administrativos de considerar que el tope del 20 por 100 del precio del contrato para la adjudicación de obras accesorias o complementarias del contratista de la obra principal, a que se refiere la excepción contemplada en el párrafo segundo del artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado, comprende el posible incremento o disminución que se derive de un reformado o modificación posterior del mismo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente es la relativa a la interpretación y alcance que debe darse a la expresión "precio del contrato" utilizada por el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado, para hacer uso de la posibilidad de confiar al contratista de la obra principal las obras accesorias o complementarias que no excedan del 20 por 100 del indicado precio del contrato y, más en concreto, si dicha expresión comprende exclusivamente el precio inicial de adjudicación o, por el contrario, también el importe de las modificaciones, y reformados que se hayan producido hasta el momento de procederse, a la adjudicación de las obras accesorias o complementarias.

2. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con ocasión de la interpretación de la expresión "precio del contrato" utilizada por la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en sus informes de 18 de noviembre de 1983, correspondientes a los expedientes 135/1982, 59/1983 y 78/1983 y, sobre la interpretación de la misma expresión utilizada por el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado, en su informe de 28 de marzo de 1990, correspondiente al expediente 7/1990, por lo que el presente informe ha de ser reiteración y reproducción de las argumentaciones consignadas en sus anteriores informes, singularmente el de 28 de marzo de 1990 en el que se suscita idéntica cuestión a la ahora planteada por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

3. El artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, regula las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto inicial, sentando la regla general de que deben ser objeto de contrato independiente, no obstante lo cual, exceptúa aquellas que no excedan el 20 por 100 del precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista del contrato principal por mismos precios o, en su caso, fijados contradictoriamente, debiendo resolverse la cuestión consultada acudiendo a los elementos interpretativos que actualmente consagra el artículo 3.1 del Código Civil al señalar que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

4. La interpretación literal del citado artículo 153 conduce a una primera conclusión consistente en afirmar que la expresión que utiliza "precio del contrato" no puede identificarse, sin más, con la de "precio de adjudicación", ya que si tal propósito

identificador hubiera existido en la mente del legislador, hubiera empleado la segunda expresión u otra similar en lugar de la efectivamente utilizada, como ha sucedido, según se expondrá, en diversos preceptos de la Ley y Reglamento de Contratos del Estado.

Esta conclusión -la de que la expresión "precio del contrato" no resulta equivalente a la idea de precio inicial o precio de adjudicación- se ve reforzada con la interpretación sistemática -es decir, en la terminología del artículo 3 del Código Civil, la relacionada con el contexto-, del artículo de referencia.

Desde el punto de vista civil y mercantil, prescindiendo de otros contratos como el de arrendamiento de fincas rústicas y urbanas, el de seguro, etc. en los que las modificaciones de la renta o primas deben considerarse precios del contrato a todos los efectos, la regulación del contrato de arrendamiento de obras, prototipo civil del contrato administrativo de obras, utiliza igualmente un concepto unitario del precio del contrato o precio de la obra que engloba, no sólo el precio inicialmente pactado, sino también las modificaciones o aumentos posteriores, como se deduce de los artículos 1593 y 1599 del Código Civil, en cuanto que el primero se refiere a los supuestos en que procede a no aumentos del precio por aumento de jornales y materiales, sin establecer matización alguna, por lo que procede entender que los referidos aumentos de precio son precio en sentido estricto, y el segundo regula el pago del precio de la obra, concepto que, al ser utilizado sin limitaciones ni restricciones, necesariamente ha de comprender el precio inicial pactado y sus modificaciones que, por diversas causas, entre ellas la reseñada de aumento de jornales y materiales, puedan producirse durante la vigencia del contrato.

En resumen, puede afirmarse que en el ámbito de la contratación civil y mercantil, cuando se hace referencia al precio del contrato debe comprenderse en dicha expresión, no sólo el inicialmente pactado, sino también las modificaciones que, por diversas causas, se produzcan en su cuantía durante la vigencia del propio contrato.

Pasando al ámbito más específico de la legislación administrativa sobre contratos del Estado pueden obtenerse conclusiones similares. Tanto la Ley como el Reglamento, en diversos preceptos y con diversas expresiones, aluden al precio inicial de adjudicación como sucede en el artículo 47 de la Ley y 142 del Reglamento que hablan del "precio convenido"; en los artículos 82.9 y 122.8 del Reglamento que se refieren a la cláusula de revisión del "precio estipulado"; en el artículo 127, apartado f) del Reglamento en el que se establece una indemnización del 3 por 100 del "precio de adjudicación" en el artículo 194 del mismo Reglamento, en el que se utiliza la expresión de "precio concertado" y en el artículo 351 que se refiere al "presupuesto de adjudicación" como base para la determinación del importe de la fianza definitiva en el caso de que la Administración no haya fijado el presupuesto total, de cuyos preceptos puede deducirse la conclusión inicial de que, en términos generales, cuando la legislación vigente de contratos del Estado ha querido referirse al precio de adjudicación del contrato no ha utilizado la expresión "precio del contrato" sino otras distintas, como las reseñadas, que ponen de relieve, más acusadamente, su propio carácter.

También, desde el punto de vista de la interpretación sistemática, debe destacarse como extraordinariamente significativos el párrafo segundo del artículo 151 del Reglamento que señala que "tampoco tendrá carácter de modificación la alteración de precio por aplicación de cláusulas de revisión" y el contenido de la cláusula 60 del Pliego de Cláusulas Administrativas para la Contratación de Obras del Estado que, referente a los precios de las unidades de obra no previstas en el contrato, señala que "los nuevos precios, una vez aprobados por la Administración se consideran incorporados, a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto que sirvió de base para el contrato", pudiendo deducirse sin dificultad del contenido de ambos preceptos que no se considera alteración del precio del contrato y que, en consecuencia, forman parte integrante del mismo el importe de las cláusulas de revisión y el de las unidades de obra no previstas en el contrato, una vez aprobadas

por la Administración y, por generalización de este criterio, cualquier modificación del precio de adjudicación del contrato que se produzca por causas regladas y con los requisitos establecidos en cada caso para que dicha modificación tenga validamente lugar.
Para terminar con la interpretación sistemática del artículo 153 del Reglamento General de Contratación Administrativa y, concretamente de la expresión "precio del contrato" utilizada por el mismo, se hace necesario el examen de aquellos preceptos de la Ley y del Reglamento en los que emplea idéntica expresión. En primer lugar, el artículo 12 de la Ley y 30 del Reglamento contienen la prevención de que los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado, debiendo resaltarse que tal principio, por su carácter genérico y su finalidad concreta - la adecuación al mercado de precio del contrato- igual debe predicarse del precio inicial como de sus modificaciones, por lo que resulta totalmente indiferente su contenido a efectos de sentar conclusiones en el tema que ahora se examina. En segundo lugar, el artículo 18 de la Ley y 51 del Reglamento se refieren a los supuestos de que el precio del contrato sea superior a 100 millones de pesetas y de modificaciones de cuantía superior al 20 por 100 del precio del contrato, sin que ambos preceptos proporcionen elemento interpretativo alguno, sino que, por el contrario, suscitan idéntica cuestión a la del artículo 153, que se examina, debiendo por ende, recibir idéntica solución. Son, por último, los artículos 52 de la Ley y 158 y 161 del Reglamento, que tratan de la resolución de los contratos de obras, los que proporcionan elementos de interés, ya que al establecerse en los mismos, como causa de resolución, las modificaciones del proyecto, aunque fueren sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquél, se contienen una serie de matizaciones (sucesivas, aislada o conjuntamente) que permiten sostener que la expresión "precio del contrato" en este caso concreto, está haciendo referencia al precio de adjudicación, con exclusión expresa de sus modificaciones posteriores, mientras que, por el contrario, en el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado, al no recogerse tales matizaciones, cuando evidentemente podían haber sido recogidas, se está utilizando un concepto distinto de precio del contrato, que comprende el inicial corregido con las modificaciones autorizadas.

5. Lo hasta aquí expuesto, no resulta contradictorio con la finalidad perseguida por el artículo 153 que examinamos y que consiste, cuando las obras accesorias o complementarias no exceden del porcentaje reseñado, en evitar los inconvenientes prácticos de una nueva licitación y en establecer la posibilidad de garantizar la ejecución de las citadas obras accesorias o complementarias al contratista adjudicatario de la obra principal, sin que existan razones para aplicar el porcentaje del 20 por 100 sobre el precio de adjudicación, cuando lo efectivamente percibido por el contratista y, por tanto, precio del contrato ha supuesto, en virtud de preceptos que lo autorizan, el percibo de cantidades superiores, con lo que el extender la base de aplicación del porcentaje a estas cantidades no desvirtúa la finalidad perseguida por el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado.

CONCLUSIÓN
A la vista de lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa reitera el criterio expuesto en su informe de 28 de marzo de 1990 (Expediente 7/90), de que la expresión "precio del contrato" contenida en el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado debe interpretarse en el sentido de que comprende, no sólo el importe del precio de adjudicación del contrato, sino también, en su caso, el de las modificaciones o reformados autorizados y el de aplicación de las cláusulas de revisión de precios y, en consecuencia, que el límite del 20 por 100, para que exista la posibilidad de confiar las obras accesorias o complementarias al adjudicatario de la

obra principal ha de jugar en relación con estos conceptos y no teniendo en cuenta, exclusivamente el precio de adjudicación.

Informe 8/95, de 25 de abril de 1995. Contratos de obras. Conceptos generales. Posibilidad de contratar mediante un contrato genérico distintas actuaciones repetitivas para la ejecución de obras de conservación y mantenimiento.

ANTECEDENTES

El Director General Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS) con fecha 24 de febrero del corriente año dirige a esta Junta Consultiva de Consultiva de Contratación Administrativa un escrito con el siguiente texto:

> *"El Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, Organismo Autónomo de carácter comercial adscrito al Ministerio de Defensa, creado por Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, tiene por finalidad la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo, viniendo obligado a realizar la entrega de las viviendas en condiciones de habitabilidad, y asumiendo unas obligaciones de mantenimiento contempladas en los artículos 30 y siguientes del referido Real Decreto. Esta actividad, claramente incardinable en la carácter comercial del Organismo, genera una gran cantidad de contratos de los que el artículo 70 del Reglamento General de Contratación califica como de reparaciones menores, de importe inferior a 2.500.000 de pesetas, que si bien gozan en la Ley de Contratos del Estado de un tratamiento excepcional en cuanto a las actuaciones preparatorias del contrato, no están exentos de una cierta concurrencia en la selección del contratista y en la formalización del contrato. Trámites todos ellos que, en la mayor parte de los casos, resultan incompatibles con la perentoriedad que determinadas reparaciones demanda, sin que quepa, de otra parte, calificar las mismas como las obras de emergencia a que alude el artículo 91 del Reglamento General de Contratación.*
>
> *Todo ello ha motivado que por este Instituto se haya analizado la posibilidad de concertar con una Empresa, mediante los procedimientos de concurrencia pública contemplados en la Ley de Contratos del Estado, un contrato genérico que tuviera como objeto múltiple la realización de obras de conservación y mantenimiento, a petición de los Organos del Instituto, y en base a la oferta formulada por los licitadores sobre un listado de precios descompuesto. Se adjunta propuesta de la Subdirección General Económico Financiera, así como borrador del Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas, y un detalle de los precios unitarios descompuestos de ejecución material.*
>
> *Por cuanto queda expuesto, y haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 17 del Decreto 315/1971, de 18 de febrero, esta Dirección General solicita dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el supuesto planteado, cuyos detalles se contienen en la documentación que se adjunta."*

Como en el penúltimo párrafo indica, acompaña al mismo un escrito que le dirige el Subdirector general Económico - Financiero del Organismo autónomo en el que se propone la actuación objeto de la consulta, en el que se señalan las características del contrato que se especifican en distintos apartados, el proyecto del pliego de cláusulas administrativas particulares, el proyecto del pliego de prescripciones técnicas y un documento en el que se especifica el detalle de los precios unitarios descompuestos que integran los distintos elementos que respecto del presupuesto de ejecución por contrata establece el articulo 68 del Reglamento General de Contratación.

Del contenido de la documentación que integra el expediente recibido debe destacarse que la acción objeto del contrato esta íntimamente ligada a una de las funciones del Organismo como es la conservación y mantenimiento de las viviendas

de apoyo logístico que el Ministerio de Defensa, a través del INVIFAS pone a disposición del personal de las mismas.
En la propuesta que formula el Subdirector general Económico - Financiero, que resume el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, se indica que el parque de viviendas está constituido por aproximadamente 45.000 y que esta acción ha sido desarrollada durante el año 1994 mediante la adjudicación de "1.085 contratos de obras menores" (sic) con una total dispersión geográfica que abarca a todas las Delegaciones del INVIFAS cuya tramitación ha supuesto un importante esfuerzo administrativo, razones que obligan a plantearse otros sistemas de contratación, que se concretan en la exposición que presenta el Director general Gerente del INVIFAS en su escrito.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para resolver la cuestión que plantea la consulta formulada ha de determinarse si el sistema de contratación de los trabajos de conservación y mantenimiento de las viviendas de apoyo logístico a realizar durante el año 1995 en un único contrato mediante su concentración en áreas de actuación geográfica definidas, con adjudicación independiente por áreas, en función de las especificaciones que se contienen en el expediente de contratación, tiene encaje entre las diversas formas de contratación reguladas en la vigente legislación de contratos del Estado.
Una de las características fundamentales del sistema de contratación establecido en la Ley de Contratos del Estado y en el Reglamento General de Contratación del Estado es la aplicación del principio de la libertad de pactos mediante la cual el órgano de contratación puede establecer las condiciones en que se desarrollaran los distintos contratos, con el único límite de que no podrán ser contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, que recoge el artículo 3 de aquella, exigiendo en su artículo 14 que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán tales pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato, que no podrán ser modificados, salvo en los supuestos previstos en la Ley, aprobándose, también, según el artículo 17, con anterioridad a cada contrato, los pliegos de prescripciones técnicas particulares que han de regir durante la ejecución de la prestación, requisitos que evidentemente complementan la obligación de determinar el objeto del contrato y justificar su necesidad para los fines del servicio público correspondiente y la aprobación del presupuesto de gasto que consagra el artículo 11. Pero, además de estos requisitos aplicables con carácter general a todo tipo de contrato, en los contratos de obra han de apreciarse otros requisitos específicos, como son que la obra a contratar este considerada como obra completa, susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, que comprenda todos y cada uno de los elementos que sean precisos para su utilización según resulta del artículo 21.

2. En cuanto se refiere a la calificación del contrato de obra el articulo 57 del Reglamento General de Contratación distingue entre obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, obras de reparaciones menores y obras de conservación y mantenimiento, distinguiendo respecto de estas últimas que serán las necesarias para corregir el menoscabo producido en el tiempo por el natural uso del bien, y precisándose en el artículo 70 del mismo texto que serán objeto de proyectos o presupuestos análogos a los de las reparaciones menores.
Del examen de la documentación aportada en el expediente se aprecia que el órgano de contratación consultante determina en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de condiciones técnicas, que se integra en aquel, las normas, el régimen y las especificaciones técnicas en que se cumplirán, señalando, además de su objeto, que califica como obras de conservación y mantenimiento, el presupuesto general comprensivo de todas las actuaciones a realizar durante la ejecución del contrato y de las imputables a cada área de ejecución, que tienen

carácter limitativo, y el importe máximo de las que hayan de realizarse en cada una de las viviendas (2.500.000 ptas.) que constituyen cada una el elemento definido en el contrato que ha de entregarse al fin a que están destinadas, constituyendo las acciones reflejadas en el pliego de prescripciones técnicas los elementos necesarios para ello, y fijándose en el listado de precios descompuestos las opciones de valoración de los posibles trabajos a ejecutar, que se definirán previamente mediante la aprobación por el órgano de contratación del presupuesto de cada actuación con determinación de los materiales y calidades a emplear, la medición valorada de todas las unidades de obra necesarias para la ejecución de los trabajos de conservación y mantenimiento. Así se da cumplimiento a los distintos requisitos de carácter general y especifico que inciden en el expediente.

Por otra parte debe mencionarse que el sistema que pretende aplicar el INVIFAS simplifica los procedimientos para la ejecución de su programa de rehabilitación, conservación y mantenimiento de las viviendas que del mismo dependen, reduciendo los trámites que repetitivamente debe reproducir si realizara un contrato de obras en cada una las actuación de conservación y mantenimiento de las distintas viviendas, con una evidente mejora en la gestión de la funciones que le están encomendadas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estima que el sistema de contratación contenido en el expediente remitido por el Director general Gerente del INVIFAS para la adjudicación de las obras de conservación y mantenimiento de las viviendas logísticas del personal de las Fuerzas Armadas es conforme a la normas reguladores del contrato de obras contenidas en la Ley de Contratos del Estado y en el Reglamento General de Contratación del Estado.

Informe 15/95, de 8 de junio de 1995: Contratos de obras. Modificación del contrato. Cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato supone una determinada modificación del mismo..

ANTECEDENTES

Por el Director General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"La Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente plantea a esa Junta la siguiente consulta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

1º.- El Servicio Jurídico del Estado en este Departamento mantiene el criterio, a la hora de calcular el porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato supone una determinada modificación del mismo, de que deben compararse, por un lado, el precio del contrato inicial al que se aplica el tipo impositivo de I.V.A. vigente en el momento de su adjudicación y, por otro, el precio del modificado sujeto al tipo de I.V.A. vigente en el momento del ejercicio del "ius variandi".

2º.- En relación con lo anterior, debe entenderse qué precio del contrato inicial es el presupuesto de adjudicación del mismo y qué precio del modificado es el resultado de aplicar el coeficiente de adjudicación obtenido a través de la licitación al presupuesto de contrata del modificado.

3º.- Para este Centro Directivo, la interpretación sostenida por el Servicio Jurídico y reflejada en el punto 1º de la presente consulta no es aceptable, puesto que supone la comparación de magnitudes no homogéneas. Y ello es así porque, al efecto de no distorsionar las previsiones normativas, en cuanto a los límites establecidos legalmente, por ejemplo, para que un modificado sea posible causa de resolución, con su consiguiente remisión al Consejo de Estado para su preceptivo informe, deben relacionarse precios o cantidades homogéneas, entendiendo esto último como resultantes de aplicar tanto al precio del contrato inicial como al del modificado el mismo tipo de I.V.A.; o bien el del momento de la adjudicación del contrato, o bien el vigente durante la tramitación administrativa del modificado. La anterior operación se efectúa únicamente con el fin de calcular el porcentaje de alteración que el precio del modificado supone sobre el del contrato original de una forma neutral.

4º.- A solución idéntica nos llevaría la aplicación del criterio vertido por esa Junta, en su informe 4/86, de 28 de Enero de 1986, en el que se indica, con motivo de una consulta acerca del Real Decreto 2.444/1985, de 27 de Diciembre, por el que se reguló la incidencia contractual de la implantación del I.V.A. en los contratos gravados por le I.T.E., de eliminar del precio global del contrato el importe del segundo (I.T.E.), "hallando así el precio cierto o de contrata que ha de servir de base para aplicar el I.V.A.". Es decir, la utilización de esta interpretación nos llevaría igualmente a comparar cantidades homogéneas, puesto que, en este caso, tanto el precio del contrato inicial como el del modificado se verían despojados del I.V.A. vigente en cada momento, fuese cual fuese su tipo impositivo.

En consecuencia con lo anterior, se eleva la presente consulta a esa Junta al efecto de obtener el correspondiente dictamen de la Sección de Obras Públicas de su Comisión Permanente sobre la cuestión planteada acerca del sistema correcto de cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio de un contrato supone una determinada modificación del mismo".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de que esta Junta se pronuncie sobre la cuestión de fondo suscitada en este expediente, parece conveniente realizar algunas consideraciones sobre el alcance y efectos de los informes jurídicos, ya que, según se hace constar en el escrito en el que se formula la consulta existe un informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento, que lógicamente se habrá producido por escrito, aunque no se acompaña al de solicitud de informe a esta Junta, en el que se mantiene el criterio que se expone pero del que se desconoce su fundamentación, manifestándose por la Dirección General de Carreteras que la interpretación del Servicio Jurídico no es aceptable por la argumentación, que ahora sí, se refleja en el escrito remitido a esta Junta.

2. Sin necesidad de exponer la teoría general sobre el alcance y efectos de los informe jurídicos hay que destacar que la Dirección General de Carreteras tiene elementos de juicio suficientes para resolver los expedientes en que se suscite la cuestión de fondo ahora planteada, pues el informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente no es vinculante para la Dirección General de Carreteras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que le bastará con motivar la decisión que adopte, según resulta del artículo 54.1 c) de la citada Ley.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el órgano consultante puede resolver la cuestión suscitada apartándose del criterio del Servicio Jurídico del Estado, cumpliendo el requisito de la motivación exigido por el artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Informe 32/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de obras. Modificación del contrato. Cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio de un contrato supone una determinada modificación del mismo.

ANTECEDENTES

1. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en la reunión de la Sección del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente del día 8 de junio de 1995, emitió informe a petición del Director General de Carreteras del citado Ministerio, sentando la conclusión de que la cuestión suscitada -la de si en las modificaciones de contratos debía compararse el precio inicial con inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido vigente y el precio del modificado con inclusión del mismo Impuesto pero vigente en el momento del ejercicio de la facultad de modificación- podría ser resuelta por el órgano consultante, apartándose del criterio del Servicio Jurídico, cumpliendo el requisito de la motivación exigido por el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Con fecha 4 de agosto de 1995 tiene entrada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nuevo escrito de consulta de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, en el que después de consignar los antecedentes correspondientes hace constar lo siguiente:

> *"5º) Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General estima de interés general la consulta acerca del porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato (entendido como presupuesto de adjudicación) supone una determinada modificación del mismo (precio del modificado entendido como el resultado de aplicar el coeficiente de adjudicación, obtenido en la licitación, al presupuesto de contrata del modificado). Tal consulta se planteó inicialmente a esa Junta en escrito que se recoge como documento número 6 entre los que acompañan a la presente solicitud.*
>
> *6º) Por otra parte, entiende este Centro Directivo de interés para el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada, reproducir el punto 5º de las "Alegaciones de la Dirección General de Carreteras de fecha 25 de abril de 1995" (Documento 4), cuyo tenor es el siguiente:*
>
> > *"Por otro lado, siendo el sentido final de la contratación obtener, a cambio de una contraprestación por parte de la Administración, la realización de una realidad física o intelectual, la modificación de su objeto, por una necesidad sobrevenida que afecte al interés público, debería articularse de la manera más cercana a la utilización del concepto jurídico-financiero de presupuesto de ejecución material, por tratarse del presupuesto más próximo a la magnitud real que supone el objeto del contrato como elemento esencial del mismo.*
> >
> > *Avanzando en esta línea argumental, el objeto de un contrato y su posible modificación no pueden verse afectados por una variación circunstancial en el tipo de un impuesto cualquiera que grave esa realidad como hecho imponible, ya que ello nos llevaría al absurdo de tener que considerar el supuesto de que un cambio coyuntural del tipo impositivo podría convertir una modificación encajable en los parámetros normativos ordinarios en una posible causa de resolución de un contrato, dándose la consecuencia no buscada de que el elemento accidental (impuesto) adquiriría mayor transcendencia desde el punto de vista de sus consecuencias normativas que la propia sustancia de la modificación.*

Así por ejemplo: una modificación de aproximadamente un 17%, que, en principio, no acarrearía consecuencias legales determinantes, si fuera contemporánea de un aumento del tipo impositivo de IVA del 5% al 25%, se convertiría en posible causa de resolución de un contrato y, en todo caso, en elemento desencadenante de una complejidad en la tramitación que no se corresponde con la importancia real de la modificación en sí misma considerada"."

Como consecuencia de lo anterior, concluye el escrito, "*se eleva de nuevo la citada consulta a esa Junta al efecto de obtener el correspondiente dictamen de la Sección de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de la misma, una vez subsanados los defectos formales de que adolecía la petición inicial, y dando por reproducidos los argumentos allí vertidos, que se someten junto con los ahora elaborados a su consideración para determinar el sistema correcto de cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio de un contrato supone una determinada modificación del mismo"*.

3. De la documentación que se acompaña al escrito de consulta conviene destacar, a efectos del presente informe, los siguientes extremos:

a) En la propuesta de modificación del contrato, fechada el 15 de abril de 1995 se consigna lo siguiente:

"Por resolución de la Dirección General de Carreteras de fecha 30 de diciembre de 1994 ha sido aprobada la modificación que se examina, que produce un adicional de 171.590.029.- pesetas, habiendo sido informado favorablemente este modificado por la Oficina de Supervisión de Proyectos. Este modificado supone un incremento del 19,91% sobre el precio del contrato, si se efectúa el cálculo, según criterio de esta Dirección General, aplicando tanto el precio del contrato como al del modificado el tipo de IVA vigente a la fecha de la presente propuesta.

En el caso de aplicar al precio del contrato el tipo de IVA vigente en el momento de la adjudicación (15%) y al precio del modificado el tipo vigente en la actualidad (16%) el porcentaje ascendería al 20,09%."

b) En el informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio fechado el 11 de abril de 1995, respecto a la cuestión suscitada se consigna la siguiente consideración:

"De las actuaciones que obran en el expediente se infiere que la modificación pretendida supone un aumento del 20,09% que rebasa el límite del 20%, por lo que concurre una causa de posible resolución del contrato de obras."

c) En respuesta a la solicitud de nuevo informe, basada en las razones que expresamente consigna la Dirección General de Carreteras, el citado Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio se limita a manifestar, en 3 de mayo de 1995 que "mantiene en su totalidad su informe de fecha de 11 de abril del año actual".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada en el presente expediente -la de determinar si, en el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido, tesis de la Dirección General de Carreteras, o teniendo en cuenta los tipos distintos del Impuesto vigentes en la fecha de la adjudicación y de la modificación, tesis del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio- conviene realizar algunas precisiones en relación con la

tramitación del expediente y la solicitud de informe que de nuevo se plantea ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sentaba en su informe de 8 de junio de 1995 conserva plena validez para la nueva consulta, ya que es perfectamente reiterable que la Dirección General de Carreteras, sin informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sigue teniendo elementos de juicio suficientes para resolver el expediente y así los expresa en los diferentes escritos que se incorporan al mismo y en los de consulta dirigidos a esta Junta y así sobre todo se deduce de la circunstancia consignada en el nuevo escrito de consulta de que "esta Dirección General procede, de forma paralela al planteamiento de esta consulta a esa Junta, a continuar la tramitación ordinaria del expediente con remisión de sus actuaciones a la Intervención Delegada de la General de la Administración del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, como paso previo a la resolución definitiva del expediente modificado".
Resulta por tanto ocioso plantearse una posible subsanación de defectos formales que, desde luego, no tienen la virtualidad de desvirtuar la conclusión de la Junta en su informe de fecha 8 de junio de 1995, ni cabe plantear la presente consulta como una alzada en materia de informes jurídicos, a lo que se opone el ordenamiento jurídico procedimental conforme al cual hay que atribuir a todos los informes, salvo a los vinculantes, el mismo valor en orden a las decisiones que puede adoptar el órgano consultante.
Por ello se estima correcta la actuación de la Dirección General de Carreteras en el sentido de continuar la tramitación del expediente y solicitar informe a esta Junta que, por lo indicado, ha de entenderse que se solicita con carácter general y cuya emisión no ha de producir efecto sobre la tramitación concreta del expediente de modificación.

3. Realizadas las anteriores observaciones procede afirmar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa comparte los criterios y conclusiones manejados por la Dirección General de Carreteras en sus diferentes escritos, fundándose en que la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del Impuesto sobre el Valor añadido, pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato, Frente a esta consideración y las que en torno a la misma ha realizado la Dirección General de Carreteras no puede prevalecer la falta de razonamientos del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio en cuanto a la cuestión suscitada, ya que en su primer informe fechado el 11 de abril de 1995 se limita a consignar que "de las actuaciones que obran en el expediente se infiere que la modificación pretendida supone un aumento del 20,09% que rebasa el límite del 20%" y en su segundo informe de fecha 3 de mayo de 1995 manifiesta simplemente que "mantiene en su totalidad su informe de fecha 11 de abril del año actual".

CONCLUSIÓN
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, manteniendo su vigencia el criterio expuesto en su anterior informe de 8 de junio de 1995 sobre la tramitación del expediente de modificación contractual a que hacía referencia dicho informe, en los supuestos de modificación, el cálculo del porcentaje que representa el precio modificado sobre el inicial no puede realizarse aplicando distintos tipos del Impuesto sobre el Valor Añadido, vigentes en el momento de la adjudicación y en el de la modificación.

Informe 22/96, de 5 de junio de 1996. Contratos de obras. Clasificación de empresas. Clasificación de las empresas que concurren en una unión temporal de empresas. Exigencia de clasificación a todas las empresas en función del objeto del contrato, sin posibilidad de admitir empresas clasificadas para otros contratos.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de SEOPAN, mediante escrito dirigido al Subsecretario de Economía y Hacienda en su calidad de Presidente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita informe de la misma sobre la cuestión que se consigna en dicho escrito, del siguiente tenor literal:

"La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) en su Artículo 32 "Clasificación de las uniones de empresarios" establece, en su apartado 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".

A continuación, en su apartado 2 determina: "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 ....".

Uno y otro apartado del artículo 32 de la nueva LCAP reproducen sustancialmente las mismas prescripciones que, sobre las agrupaciones temporales de contratistas (así denominadas en la anterior legislación de contratos), se contenían en:

a) Los arts. 101 de la anterior Ley de Contratos del Estado y 288 de su Reglamento General de Contratación; y las normas 10 y 21 de a Orden de 28-3-1968 (en la redacción dada por Orden de 28-6-1991), respecto a la clasificación de los contratistas de obras.

b) El art. 4º del R.D. 609/1982, de 12 de febrero; y las normas 9ª; y 12ª; de la Orden de 24-11-1982 (en la redacción dada, a la primera de ellas, por Orden de 30-1-1991) respecto a la clasificación de empresas consultoras y de servicios.

Pues bien, la dicción actual del Art. 32.2. de la LCAP está siendo interpretada por algunos Órganos de contratación en el sentido de que para la acreditación por parte de una Unión Temporal de Empresas, de la clasificación exigida en cada contrato, se requiere que todas y cada una de las Empresas que integran la unión temporal justifiquen hallarse clasificadas en los Grupos correspondientes a los exigidos para el contrato de que se trate.

Del hecho se tiene constancia de que han resultado inadmitidas proposiciones presentadas a diversas licitaciones por Uniones Temporales de Empresas, en base al razonamiento de que alguna de las empresas agrupadas si bien aparecía clasificada como contratista de obras no lo estaba en todos los grupos y subgrupos requeridos para los contratos en cuestión.

En consecuencia, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el oportuno informe sobre la cuestión expuesta, y sobre el sentido y alcance del

requisito básico exigido por el art. 32.2. de la LCAP para las uniones temporales de empresarios de "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", con particular referencia a la expresión que se subraya.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si en el caso de uniones de empresarios, en contratos en los que sea exigible el requisito de la clasificación, conforme al artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, será suficiente que todas las empresas que concurran en la unión temporal estén clasificadas en cualquier grupo y subgrupo como contratista de obras o como empresa de consultoría y asistencia o de servicios o, por el contrario, como al parecer exigen determinados órganos de contratación, todas las empresas agrupadas estén clasificadas en todos los grupos y subgrupos requeridos para los contratos en cuestión.

Las dificultades interpretativas surgen, según se hace constar en el escrito de consulta de la introducción en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 32.2, de la expresión "en relación con el contrato al que opten" que no figuraba en la legislación anterior, por lo que la cuestión suscitada debe quedar reducida a determinar el alcance y significado de la referida expresión del artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. A juicio de esta Junta Consultiva debe prevalecer la interpretación señalada en primer lugar -la de que la exigencia de clasificación debe quedar referida al contrato de obras o al contrato de consultoría y asistencia o de servicios de que se trate y no a todos los grupos y subgrupos requeridos- por los argumentos que, a continuación se exponen.

Desde un punto de vista literal la redacción del artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no autoriza a sentar conclusión distinta de que la expresión "el contrato al que opten" ha de referirse en general a los contratos que el propio artículo ha mencionado inmediatamente antes, es decir, por un lado, el contrato de obras y, por otro, el contrato de consultoría y asistencia o de servicios, siendo, por otra parte estas categorías generales las únicas reconocidas por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin que sea lícito elevar a tales categorías generales los distintos grupos y subgrupos establecidos a efectos de clasificación, debiendo concluirse, desde el punto de vista literal que se examina, que si el legislador hubiera querido sancionar la tesis de que la clasificación de las empresas que concurren en una unión temporal había de darse en los mismos grupos y subgrupos exigidos, debió establecerlo así expresamente y, al no hacerlo, permite afirmar que la exigencia de clasificación viene referida en general al contrato de obras y al contrato de consultoría y asistencia y de servicios.

3. La conclusión sentada en el apartado anterior viene confirmada por la evolución histórico-normativa de la exigencia de clasificación en agrupaciones y uniones de empresas conforme a la legislación anterior.

Frente a la indeterminación de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado en orden al cumplimiento del requisito de la clasificación en agrupaciones y uniones de empresas que permitieron a esta Junta sostener en su informe de 15 de octubre de 1984 (Expediente 33/84) que, en base a dicha normativa, existían argumentos suficientes para mantener que era suficiente la clasificación correspondiente de alguna de las empresas asociadas, sin que el requisito de la clasificación fuera exigible a todas, la Orden de 28 de junio de 1991, da nueva redacción al apartado 10.3 de la Orden de 28 de marzo de 1968, sobre clasificación de contratistas de obras, consagrando el requisito de que, en agrupaciones temporales de empresas, todas las empresas tienen que haber obtenido previamente clasificación como contratistas de obras, previendo, a continuación, la

posibilidad de que todas las empresas estuviesen clasificadas en los mismos grupos y subgrupos exigidos o en otros distintos. Idénticas modificaciones se introducen, en este extremo, en la Orden de 24 de noviembre de 1982, sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios por la Orden de 30 de enero de 1991, explicándose en la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se hace público el Acuerdo de esta Junta sobre aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresas consultoras y de servicios que el punto 1 de la norma 9 de la Orden de 30 de enero de 1991 "considera el caso de empresas que concurren asociadas con clasificación en diferentes grupos o subgrupos, entonces la ATE adquiere la clasificación en todos ellos con categoría en cada uno igual a la que tenga la empresa en él clasificada".
La cita de las Ordenes de 1991, por la que se establece el requisito de la clasificación de todas las empresas agrupadas, pero admitiendo que puedan serlo en distintos grupos o subgrupos, tiene el valor de servir de elemento interpretativo del precepto del artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme al artículo 3.1 del Código Civil que considera uno de los elementos interpretativos de las normas el de sus antecedentes históricos y legislativos, pero, además y sobre todo, el de que,conforme a la disposición derogatoria única de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tales Ordenes ministeriales y los criterios que incorporan pueden considerarse subsistentes a partir de la entrada en vigor de la Ley, por cumplir el requisito negativo de no oponerse a su contenido.
4. Finalmente el elemento finalista o teleológico de la interpretación, considerado por el citado artículo 3.1 del Código Civil como fundamental, puede servir para reforzar la conclusión sentada, pues es evidente que la expresión "en relación con el contrato al que opten" no pretende resolver la cuestión de la clasificación en grupos y subgrupos, propia como hemos visto de normas de carácter reglamentario de desarrollo de la Ley, sino la cuestión más general de si resulta posible exigir doble clasificación en contratos mixtos de obras y de consultoría y asistencia o de servicios y que esta Junta Consultiva, aunque con referencia a la legislación anterior, resolvió en sentido negativo en su informe de 22 de marzo de 1995 (Expediente 3/95). La generalización que lleva a cabo el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de la norma del artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado, prevista solo para contratos mixtos de obras y suministro y que ahora se aplica a toda clase de contratos mixtos y la introducción en el artículo 32.2 de la misma Ley de la expresión "en relación con el contrato al que opten" no puede perseguir otra finalidad que la aclaratoria, en relación con la legislación anterior, de la imposibilidad de exigir doble clasificación -como contratista de obras y como contratista de consultoría y asistencia o de servicios- en los contratos mixtos en que concurran ambas prestaciones.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la expresión utilizada en el artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "en relación con el contrato al que opten" no puede ser interpretada en el sentido de exigir a las empresas que concurran en unión temporal clasificación en todos los grupos o subgrupos exigidos, sino en el más general de excluir la exigencia de doble clasificación en los supuestos de contratos mixtos de obras y de consultoría y asistencia o de servicios y, en consecuencia, debe precisarse que, en los contratos de obras, la clasificación exigible a los empresarios que concurran en unión temporal será exclusivamente la de contratista de obras correspondiente y, por el contrario, en los contratos de consultoría y asistencia o de servicios, exclusivamente la clasificación correspondiente a estos tipos de contratos.

Informe 23/96, de 5 de junio de 1996. Contratos de obras. Clasificación de empresas. Improcedencia de la exigencia de clasificación en contratos cuyo presupuesto base de licitación es inferior al establecido para su aplicación como requisito que han de cumplir las empresas.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 13 de marzo de 1996 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del entonces Director General de Administración y Servicios del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente en el que se señala que "*de conformidad con las indicaciones puestas de manifiesto por la Presidencia del Consejo de Estado en comunicación dirigida al Excmo. Sr. Ministro del Departamento de fecha 25 de julio de 1995, de la que se adjunta fotocopia, adjunto se remite la documentación relativa al expediente sobre la adjudicación de contrato administrativo de obras relativa al proyecto "Renovación de membranas impermeables en la planta 3ª; del edificio A del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente" con el fin de que por esa Junta Consultiva se emita el informe interesado".*

2. De la documentación que se acompaña al anterior escrito, resultan destacables, a efectos de la emisión del informe solicitado, los siguientes hechos:

a) Por el Director General de Administración y Servicios del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, en su calidad de Presidente de la Mesa de Contratación, se dicta resolución, en 8 de junio de 1994, anunciando la contratación, por el sistema abierto de concurso y por importe de 19.041.708 pesetas, de la obra "Renovación de membranas impermeables en planta 3ª;, Edificio A, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente". En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hacía constar la exigencia para los licitadores de la clasificación en el Grupo C, Subgrupo 7, Categoría C, circunstancia que igualmente figuraba en el anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 138, de 10 de junio de 1994.

b) En fecha 16 de agosto de 1994, el Director General de Administración y Servicios, por delegación del Ministro, acuerda la adjudicación definitiva de la obra a la empresa "SIKA, S.A." por importe de 16.250.000 pesetas, lo que se hace público en el Boletín Oficial del Estado, número 234, de 30 de septiembre de 1994.

c) En escrito fechado el 2 de septiembre de 1994, firmado por el Jefe de la Sección de Contratación de la Dirección General de Administración y Servicios y dirigido a la empresa "SIKA, S.A." se hace constar que "en la documentación presentada al concurso de la obra de referencia, se ha observado en cuanto al documento de clasificación del contratista que la validez del mismo ha caducado con fecha 26 de junio de 1994, por lo que se ruega que a la mayor brevedad posible y siempre dentro del plazo de diez días, remitan nuevo documento de clasificación vigente". Ante tal requerimiento, el representante de "SIKA, S.A." contesta que resulta imposible aportar nuevo documento de clasificación vigente "ya que, por un error nuestro, no somos capaces de llegar a tiempo a la renovación de dicha clasificación". En el indicado sentido hay que resaltar que figura incorporada al expediente fotocopia compulsada de certificación del Registro de Contratistas, dependiente entonces del Ministerio de Industria y Energía, del que resulta que la clasificación otorgada a la empresa "SIKA, S.A.", en el Grupo C, Subgrupo 7, Categoría C, caducó el 26 de junio de 1994, con anterioridad, por tanto a la fecha de adjudicación definitiva del contrato que perfeccionó este último.

d) Por el Servicio Jurídico del Estado en el Departamento en 6 de octubre de 1994, se sienta el criterio, aún reconociendo la existencia de argumentos en contrario, de que la exigencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del requisito de la clasificación respecto de contratos de obras de cuantía inferior a 20 millones de pesetas supone infracción de las correspondiente normas de la Ley de Contratos del Estado, lo que determina la anulabilidad del pliego y de todas las actuaciones posteriores, debiendo acordarse la nulidad por el procedimiento previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por tratarse de acto (la adjudicación del contrato) declarativo de derechos.

e) Remitido el expediente a informe del Consejo de Estado y subsanado el defecto de no estar firmado el escrito de remisión por el Ministro, en 1 de febrero de 1995, el Consejo de Estado devuelve el expediente al Ministerio a fin de que se complete el mismo, cumpliendo el trámite de audiencia a la empresa adjudicataria, formulándose propuesta de resolución por el órgano instructor del expediente y sometiéndose de nuevo a informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento. Asimismo se solicita por el Consejo de Estado aclaración sobre si la empresa adjudicataria gozaba de clasificación en el momento de concurrir a la licitación en la que resultó seleccionada y la fecha de caducidad de la misma.

Cumplidos los trámites anteriores en el sentido de conceder audiencia a la empresa "SIKA, S.A." que solicita, a la vista de la nulidad del concurso, la devolución de la documentación y avales presentados para el mismo; de redactar propuesta de resolución, y de solicitar informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento, que lo emite en el sentido de prestar su conformidad a la propuesta de resolución, declarando la procedencia de revisar de oficio los actos de aprobación del proyecto y del pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la de los actos subsiguientes de la adjudicación del contrato, todo ello conforme al artículo 103.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se vuelve a remitir nuevamente el expediente al Consejo de Estado en 11 de mayo de 1995, contestándose expresamente en el oficio de remisión respecto a la situación de la clasificación de la empresa "SIKA, S.A." que con base a la propia documentación que figura en el expediente, "ni en el fecha en que concluía el plazo se presentación de proposiciones que fue el 6 de julio de 1994, ni en la constitución de la Mesa de Contratación, en 18 del mismo mes, tenía vigente la clasificación, cuya validez concluyó el 26 de junio de 1994.

f) En 25 de julio de 1995 el Consejo de Estado vuelve a devolver el expediente al Ministerio, a fin de que se incorporen al mismo el informe del Consejo de Obras Públicas y el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

El Consejo de Obras Públicas y Urbanismo en sesión celebrada el 29 de febrero de 1996 emite su informe, en el que, aún entendiendo que, tratándose de una obra de características especiales, procedía exigir una clasificación en el pliego con independencia de la cuantía del presupuesto, sienta la conclusión de que "procede, previo dictamen del Consejo de Estado, la anulación del acuerdo de adjudicación a la empresa "SIKA, S.A.", de conformidad con la propuesta de la Dirección General de Administración y Servicios de 11 de abril de 1995 y el contenido del presente dictamen".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas, debe hacerse referencia a la supresión del órgano que formula la consulta -Dirección General de Administración y Servicios- y la asunción de sus funciones por la Subsecretaría de

Fomento y la Subsecretaría de Medio Ambiente, según resulta del artículo 4, apartado 2.f) del Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura básica de diversos Departamentos ministeriales, entre ellos, el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Medio Ambiente.

Suprimida la Dirección General consultante podría pensarse que su supresión hace innecesaria la emisión del informe solicitado, pero no debe olvidarse que en este caso concreto la solicitud de dicho informe se realiza por indicación del Consejo de Estado y, por tanto, debe considerarse independiente de las reformas estructurales del Departamento ministerial y debe dirigirse a la Subsecretaría de Fomento que, en parte ha asumido las funciones de la extinguida Dirección General.

2. Sin necesidad de que esta Junta se pronuncie en cuanto a la tramitación posterior del expediente, ya que la misma ha sido predeterminada por el Consejo de Estado, que en la última devolución del expediente al Ministerio ha señalado que, una vez incorporados el informe del Consejo de Obras Públicas y el informe de esta Junta "sea nuevamente remitido al Consejo para dictamen", la única cuestión que debe ser examinada es la de determinar si la exigencia de clasificación como contratista de obras en el Grupo C, Subgrupo 7, Categoría C que figuraba en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación por el sistema abierto de concurso de la obra "Renovación de membranas impermeables en la planta 3ª;, Edificio A, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio ambiente", aunque el presupuesto de licitación era inferior a 20 millones de pesetas (19.041.708 pesetas) resultaba o no ajustada a las prescripciones de la Ley de Contratos del Estado entonces en vigor, dado que una contestación negativa daría entrada a la revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato por aplicación del artículo 103.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. En el informe de 31 de mayo de 1988 (Expediente 9/88) esta Junta Consultiva manifestaba su criterio de que "*de la vigente legislación de contratos del Estado no resulta la posibilidad de que los órganos de contratación puedan exigir clasificación en contratos de obras y con empresas consultoras o de servicios de cuantía inferior a 10 millones de pesetas, sin perjuicio de que tal posibilidad, incluso el carácter preceptivo de tal exigencia, pueda ser establecido mediante modificación de la normativa vigente*". Hay que aclarar que aunque esta Junta Consultiva se refería a contratos de obras de cuantía inferior a 10 millones de pesetas, por ser éste el límite entonces vigente y el supuesto consultado, los razonamientos que, a continuación se transcriben, resultan de plena aplicación al caso presente de contratos de obras inferior a 20 millones de pesetas, límite fijado por Orden de 24 de abril de 1991.

En el mencionado informe de 31 de mayo de 1988 la Junta Consultiva basaba la conclusión que ha quedado reseñada en las siguientes consideraciones:

> *"El artículo 9, apartado 7, de la vigente Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, considera no facultadas para contratar con la Administración a las personas naturales o jurídicas que no se hallen debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo dispuesto en la propia Ley o no acrediten la suficiente solvencia económica, financiera y técnica añadiendo, a continuación, el propio artículo 9 que las adjudicaciones de contratos en favor de personas incursas en cualquiera de las prohibiciones del presente artículo serán nulas de pleno derecho.*
>
> *Resulta así que el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, cuya falta determina la sanción más grave que conoce el ordenamiento jurídico administrativo para los actos que adolecen de vicios, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho. Esta configuración de la clasificación como capacidad especial la confirma el artículo 2 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, de 10 de febrero, en cuanto en su apartado c) considera requisito que deben reunir las empresas*

consultoras o de servicios para celebrar contratos de asistencia con el Estado y sus Organismos autónomos el "haber obtenido la clasificación adecuada al objeto del contrato, si el presupuesto de éste excede de 10.000.000 de pesetas".

De esta consideración normativa de la clasificación como capacidad especial y, consecuentemente de su falta como incapacidad especial, se puede extraer un primer argumento contrario a la posibilidad de exigencia de clasificación en contratos para los que este requisito no está establecido expresa y preceptivamente, dado que, según unánime opinión doctrinal y jurisprudencia, las incapacidades especiales y las prohibiciones han de ser expresas en la Ley y no pueden inducirse ni presumirse, siendo contrario a este criterio, en el caso concreto que se examina, que para los contratos de obras y con empresas consultoras o de servicios inferior a 10.000.000 de pesetas se exija un requisito de capacidad -la clasificación- que no establece de manera expresa la vigente legislación de contratos del Estado.

En este punto, además, hay que señalar que la citada legislación consagra en algunos preceptos el criterio contrario a la exigencia de clasificación para los casos en que no esté preceptivamente establecida, pudiendo ser citadas la norma 21 de la Orden de 28 de marzo de 1968, por la que se dictan normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado y la norma 12 de la Orden de 24 de noviembre de 1982, por la que se dictan normas para la clasificación de las empresas consultoras y de servicios que contraten con el Estado y sus Organismos autónomos, expresivas ambas de que cuando el contrato no sea superior a 10.000.000 de pesetas (la Orden primeramente citada hace referencia a la cifra de 5.000.000 de pesetas, entonces vigente, pero que debe considerarse sustituida por la de 10.000.000, hoy en vigor) y el licitador presente declaración de no rebasar esta cifra en contratos adjudicados y en vigor, "no serle exigible clasificación alguna".

Con independencia de lo hasta aquí expuesto, también debe ser destacado que el requisito de la clasificación no puede ser desvinculado de la cuestión de la capacidad o falta de capacidad del contratista y, por tanto, no puede ser tratado como una condición objetiva a tomar en consideración en un concurso o en la fase de admisión previa, pues apartado de que ello desvirtuaría el total sistema de la legislación de contratos del Estado -sobre incapacidades para contratar y adjudicaciones por concurso o por concurso y subasta con fase de admisión previa, existe un precepto concreto del Reglamento General de Contratación del Estado- el artículo 293, apartado g) -que expresamente consagra tal criterio, al afirmar que "no debe utilizarse el requisito de la clasificación como procedimiento para conseguir fines de selección de licitadores que están reservados, en su caso, al trámite de la admisión previa", criterio que, con mayores razones, hay que aplicar extensivamente a los supuestos de adjudicación por el procedimiento de concurso.

Finalmente, a mayor abundamiento, hay que aludir a una consideración práctica que, por afectar al principio de seguridad jurídica, deba ostentar también este último carácter. Nos referimos a la circunstancia de que, hasta ahora, los órganos de contratación no han venido exigiendo el requisito de la clasificación para contratos de obras y con empresas consultoras o de servicios de cuantía inferior a 10.000.000 de pesetas, por lo que, si por vía de interpretación, que por lo razonado esta Junta no comparte, se consagrase la posibilidad de que, para los mencionados contratos, los órganos de contratación pudieran exigir el requisito de la clasificación, se primaría a las empresas clasificadas en detrimento de las que, por concurrir a contratos en los que hasta ahora no se exige tal requisito, ni han instado el expediente de clasificación ni, en consecuencia, figuran clasificadas.

Todo lo expuesto induce a concluir que la pretendida exigencia de clasificación - con carácter potestativo o preceptivo- para contratos de obras y de asistencia inferiores a 10.000.000 de pesetas tiene necesariamente que ser encauzada por la vía de modificación de la normativa vigente, cuya conveniencia y oportunidad no debe ser prejuzgada en este momento, con lo que lograría el máximo respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad entre contratistas, básicos de la contratación administrativa."

En definitiva y como resumen de este apartado puede afirmarse que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, compartiendo los criterios del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento y del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo entiende que la exigencia de clasificación en contratos no superiores a la cuantía señalada (20 millones en contratos de obras) contradice la legislación de contratos del Estado y determina la concurrencia de causa de anulación en los actos en los que se observe la referida infracción, debiendo significarse que las conclusiones sentadas en relación con la anterior legislación de contratos del Estado pueden igualmente ser mantenidas a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en este aspecto, no ha alterado la legislación anterior.

4. El presente informe debe concluir con la afirmación de que, desde un punto de vista práctico, no se produciría diferencia sustancial con la conclusión sentada si, rechazando la misma, se entiende que la legislación de contratos del Estado permitía la exigencia de clasificación en contratos de obras no superiores a 20 millones de pesetas, pues estando acreditado que la empresa adjudicataria "SIKA, S.A." carecía de la correspondiente clasificación en la fecha de adjudicación del contrato (16 de agosto de 1994) e incluso en la de expiración del plazo para presentación de proposiciones (6 de julio de 1994) al haber caducado el 26 de junio de 1994, la adjudicación a su favor realizada determinaba en la anterior legislación y determina en la vigente - la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado, por lo que, variando la calificación jurídica del supuesto de hecho - concurrencia de causa de anulabilidad o de nulidad de pleno derecho - se producen prácticamente los mismos efectos, una vez declarada la nulidad del contrato por una u otra causa.

Obviamente la única conclusión que, desde un punto de vista jurídico, no puede ser mantenida es la de que siendo improcedente, por la cuantía del contrato, la exigencia de clasificación, la adjudicación a la empresa "SIKA, S.A.", que carecía de tal clasificación debe considerarse válida y como tal mantenida pues tal conclusión violaría los principios esenciales y básicos de la contratación administrativa de libre concurrencia y publicidad y supondría un ataque frontal al contenido del pliego, en el que expresamente se exigía la clasificación, en perjuicio de los restantes reales y potenciales licitadores.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que durante la vigencia de la legislación de contratos del Estado no resultaba posible la exigencia de clasificación en contratos de cuantía inferior a la señalada para tal requisito, es decir, 20 millones en contratos de obras a partir de la Orden de 24 de abril de 1991 y 10 millones en contratos de consultoría y asistencia, criterios que resultan igualmente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con los contratos en que este requisito es exigido.

2. Que como consecuencia de lo anterior la adjudicación a la empresa "SIKA, S.A." incurre en causa de anulabilidad, debiendo declararse la nulidad de la adjudicación de conformidad con el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Que iguales consecuencias prácticas se producirían - la carencia de efectos de la adjudicación -si el supuesto se calificase de nulidad de pleno derecho, por carecer la empresa "SIKA, S.A." de la clasificación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Informe 38/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de obras. Fianzas y garantías. Garantía en casos de adjudicaciones en favor de una proposición incursa en presunción de temeridad.

ANTECEDENTES

Por el Director General del Instituto Social de la Marina, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"El Art. 84.5 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establece, como novedad respecto a la legislación anterior en la materia que, "cuando la adjudicación se realice en favor de empresario cuya proposición hubiera estado incursa en temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado".

Parece evidente, por lo tanto, la voluntad del legislador de asegurar la responsabilidad del contratista elevando el importe de la fianza definitiva a constituir en base a las circunstancias peculiares de adjudicación concurrentes.

Esta garantía sustituirá, según dispone el Art. 37.4 de la mencionada Ley, a la garantía definitiva habitual del 4% del presupuesto máximo de licitación, surtiendo, en consecuencia, sus mismos efectos y siendo de aplicación, en principio, idéntico tratamiento en su constitución y cancelación.

Resultaría así que esta fianza, coincidente con el importe total del contrato, sólo podrá ser devuelta, conforme dispone el artículo 48 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, tras la aprobación de la liquidación de aquél, si no existiesen responsabilidades que hayan de ejercitarse sobre la garantía y transcurrido el plazo de la misma.

Este hecho, supone sin embargo, a juicio de esta Dirección General, que, realizada la obra y recibida de conformidad, la empresa adjudicataria haya de soportar, durante el período de garantía previsto en el contrato, una carga adicional como es el mantenimiento de una fianza definitiva muy superior a la habitual, cuando objetivamente el mayor riesgo que suponía su ejecución por la presunción de temeridad de la oferta ha desaparecido, como acredita el hecho mismo de la realización de la obra a satisfacción.

En estas circunstancias, cabría en consecuencia plantearse la posibilidad de que el contratista pudiese sustituir, siempre después de recibida la obra, y durante el plazo de garantía previsto, la fianza definitiva prestada inicialmente por una fianza cuyo importe ascendiese al habitual del 4% del presupuesto máximo de licitación, acordándose la devolución de aquélla previa su constitución.

Interpretación que se eleva a esa Junta Consultiva, solicitando informe sobre el asunto referido, que se concreta en la siguiente consulta:

En los casos de adjudicación en favor de una proposición que haya estado incursa en presunción de temeridad, ¿podrá el contratista sustituir la fianza definitiva del total del importe del contrato por otra de cuantía equivalente al 4% del presupuesto máximo de licitación, una vez recibida la obra de conformidad y durante el período de garantía de la misma?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente, conforme se consigna en el escrito en el que se formula la consulta, es la de si constituida una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado en los casos de adjudicación en favor de una proposición que haya estado incursa en presunción de temeridad, podría el contratista sustituirla por otra de cuantía equivalente al 4 por 100 del presupuesto máximo de licitación una vez recibida la obra de conformidad y durante el período del garantía de la misma.

2. Como una novedad respecto a la anterior legislación de contratos del Estado, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en dos preceptos concretos, el artículo 37.4 y el artículo 84.5, se refiere a la garantía definitiva en los casos de adjudicación a empresarios cuya proposición hubiera estado incursa inicialmente en presunción de temeridad, señalando que esta garantía se constituirá por el importe total del contrato adjudicado, precisando el artículo 37.5 que esta garantía sustituirá a la del 4 por 100 prevista con carácter general en el propio artículo 37, apartado 1, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado precedente, es decir, la posibilidad de exigir una garantía complementaria, que tendrá la consideración de garantía definitiva, de hasta un 6 por 100 del presupuesto.
Ningún otro precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vuelve a referirse a la garantía definitiva por el importe total del contrato en los casos de proposiciones incursas inicialmente en presunción de temeridad, por lo que la precisión del artículo 37.5 de que esta garantía sustituye a la del 4 por 100 determina, como acertadamente se pone de relieve en el escrito de consulta, que la garantía del importe total del contrato surte los mismos efectos, siéndole de aplicación idéntico tratamiento en su constitución y cancelación que los de la garantía definitiva del 4 por 100.
Entre las disposición que pudieran afectar a la cuestión suscitada, por tanto, ha de hacerse mención a los artículos 45 y 48 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo el primero de que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista y el segundo, en su apartado 1, que dispone que aprobada la liquidación y transcurrido el plazo de garantía se dictará acuerdo de devolución de aquella o de cancelación de aval, añadiendo, su apartado 4, que transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías, siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 44. Por su parte, los artículos 15 a 20 y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se limitan a precisar ciertos aspectos de las garantías constituidas en valores, mediante aval y mediante contrato de seguro de caución y de la constitución, ejecución y cancelación de las garantías, sin que ninguno de ellos suponga desarrollo reglamentario de los artículos 45 y 48, apartados 1 y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Igual conclusión debe ser mantenida en relación con los artículos 340 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado, vigentes en cuanto no se opongan al contenido de la Ley, según resulta de la disposición derogatoria única de la misma, pues el artículo 364, que establece que aprobadas la recepción y liquidación definitivas se devolverá el importe de la fianza o, en su caso, se cancelará el aval en el plazo improrrogable de tres meses, viene a establecer una solución idéntica sustancialmente a la de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues debe recordarse que la recepción y liquidación definitivas tenían lugar en la anterior legislación transcurrido el plazo de garantía y el artículo 368 que preveía el posible reintegro al contratista de las garantías especiales en el momento de la recepción provisional, se refería precisamente a garantías especiales, de distinta naturaleza a la

garantía definitiva por el importe total del contrato introducida por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a un momento procedimental -la recepción provisional- desaparecido de la nueva Ley.
En resumen puede afirmarse que cualquier que sea el juicio que "de lege ferenda" pueda merecer la constitución de la garantía por el importe total del contrato y su consideración como garantía definitiva y también el juicio que, desde el mismo punto de vista, puedan merecer las normas sobre cancelación de garantías definitivas, lo cierto es que no existe ningún precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni de su desarrollo reglamentario, que permita sostener que esta garantía puede ser cancelada con criterios distintos a los que, con carácter general, se establecen para todos los supuestos de garantías definitivas.

3. Lo razonado anteriormente se refiere, como es obvio, a la legislación vigente en la actualidad, pero no excluye que, en el futuro, si se considera justificado el razonamiento de la Dirección General del Instituto Social de la Marina en el sentido de que "no parece justo que realizada la obra y recibida de conformidad la empresa adjudicataria haya de soportar, durante el período de garantía previsto en el contrato una carga adicional como es el mantenimiento de una garantía definitiva muy superior a la habitual, cuando objetivamente el mayor riesgo que suponía su ejecución por la presunción de temeridad de la oferta ha desaparecido, como acredita el hecho mismo de la realización de la obra a satisfacción", por vía de modificación de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o por vía de desarrollo reglamentario de la misma, se promueva la norma correspondiente en la que se consagre la interpretación, que ahora con la normativa vigente resulta imposible, de la posibilidad de sustituir la garantía definitiva del total del importe del contrato por obra de cuantía equivalente al 4 por 100 del presupuesto de licitación una vez recibida la obra de conformidad y durante el plazo de garantía de la misma.

CONCLUSIÓN
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que sin perjuicio de una posible modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o de un desarrollo por vía reglamentaria aclaratorio de la misma, de conformidad con la legislación actualmente vigente la garantía definitiva por el importe total del contrato prevista en los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se rige, en cuanto a su cancelación y devolución por las mismas normas que la garantía definitiva del 4 por 100 del presupuesto del contrato, sin que, en consecuencia, exista posibilidad de cancelación y sustitución de la primera por la segunda durante el período de garantía del contrato.

Informe 44/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de obras. Fianzas y garantías. Posibilidad de reajustar al porcentaje general del 4 por 100, el importe de las garantías definitivas de los contratos adjudicados en presunción de temeridad.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Burgos se da traslado a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando sea emitido informe sobre la cuestión suscitada, del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Corporación, adoptado en sesión celebrada el 13 de junio de 1996, del siguiente tenor literal:

"8 - Propuesta de solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, relativo a la posibilidad de reajustar al porcentaje general del 4 por 100, el importe de las garantías definitivas de los contratos adjudicados en presunción de temeridad, una vez suscrita el acta de recepción de la prestación contractual.

A raíz de la solicitud formulada por la Empresa EDUARDO ANDRÉS, S.A., de adecuar una vez suscrita el acta de recepción de las obras, el importe de las garantías definitivas constituidas en los casos de adjudicación de contratos en presunción de temeridad al porcentaje del 4 por 100 que, con carácter general establece la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, la Comisión de Obras Públicas y Planes Provinciales, en reuniones de fechas 18.01.96 y 18.04.96, dictaminó favorablemente dicha propuesta.

Sobre el particular, han sido emitidos informes de la Asesoría Jurídica e Intervención, basados, en síntesis, en que le tenor literal del art. 45 de la Ley, según el cual "la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate o resuelto éste sin culpa del contratista", no admite interpretaciones favorables a la pretensión de devolver dicha garantía con anterioridad al transcurso del plazo de garantía del contrato, plazo que normalmente es de un año contabilizado a partir de la firma del acta de recepción-

Presentado Escrito de Alegaciones por la Empresa de referencia, el Sr. Oficial Mayor, a petición de la Comisión de Obras Públicas y Planes Provinciales, emite informe sugiriendo se eleve consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, fundándose en lo dudoso de la cuestión planteada a falta de desarrollo reglamentario de este nuevo tipo de fianza.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, la Comisión de Gobierno, aceptando la propuesta de la Sección de Contratación, en votación ordinaria y por unanimidad, ACUERDA:

Solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa relativo a la posibilidad de reajustar al porcentaje general del 4 por 100 el importe de las garantías definitivas de los contratos adjudicados en presunción de temeridad, una vez suscrita el acta de recepción de la prestación contractual."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como expresamente se consigna en el texto transcrito del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación Provincial de Burgos, de 13 de junio de 1996, la única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar la posibilidad de reajustar al porcentaje general del 4 por 100 el importe de las garantías

definitivas de los contratos adjudicados en presunción de temeridad, una vez suscrita el acta de recepción de la prestación contractual.

2. Como una novedad respecto a la anterior legislación de contratos del Estado, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en dos preceptos concretos, el artículo 37.4 y el artículo 84.5, se refiere a la garantía definitiva en los casos de adjudicación a empresarios cuya proposición hubiera estado incursa inicialmente en presunción de temeridad, señalando que esta garantía se constituirá por el importe total del contrato adjudicado, precisando el artículo 37.5 que esta garantía sustituirá a la del 4 por 100 prevista con carácter general en el propio artículo 37, apartado 1, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado precedente, es decir, la posibilidad de exigir una garantía complementaria, que tendrá la consideración de garantía definitiva, de hasta un 6 por 100 del presupuesto.
Ningún otro precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vuelve a referirse a la garantía definitiva por el importe total del contrato en los casos de proposiciones incursas inicialmente en presunción de temeridad, por lo que la precisión del artículo 37.5 de que esta garantía sustituye a la del 4 por 100 determina, que la garantía del importe total del contrato surte los mismos efectos, siéndole de aplicación idéntico tratamiento en su constitución y cancelación que los de la garantía definitiva del 4 por 100.
Entre las disposiciones que pudieran afectar a la cuestión suscitada, por tanto, ha de hacerse mención a los artículos 45 y 48 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo el primero de que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista y el segundo, en su apartado 1, que dispone que aprobada la liquidación y transcurrido el plazo de garantía se dictará acuerdo de devolución de aquella o de cancelación de aval, añadiendo, su apartado 4, que transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías, siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 44. Por su parte, los artículos 15 a 20 y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se limitan a precisar ciertos aspectos de las garantías constituidas en valores, mediante aval y mediante contrato de seguro de caución y de la constitución, ejecución y cancelación de las garantías, sin que ninguno de ellos suponga desarrollo reglamentario de los artículos 45 y 48, apartados 1 y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Igual conclusión debe ser mantenida en relación con los artículos 340 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado, vigentes en cuanto no se opongan al contenido de la Ley, según resulta de la disposición derogatoria única de la misma, pues el artículo 364, que establece que aprobadas la recepción y liquidación definitivas se devolverá el importe de la fianza o, en su caso, se cancelará el aval en el plazo improrrogable de tres meses, viene a establecer una solución idéntica sustancialmente a la de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues debe recordarse que la recepción y liquidación definitivas tenían lugar en la anterior legislación transcurrido el plazo de garantía y el artículo 368 que preveía el posible reintegro al contratista de las garantías especiales en el momento de la recepción provisional, se refería precisamente a garantías especiales, de distinta naturaleza a la garantía definitiva por el importe total del contrato introducida por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a un momento procedimental -la recepción provisional- desaparecido de la nueva Ley.
En resumen puede afirmarse que cualquier que sea el juicio que "de lege ferenda" pueda merecer la constitución de la garantía por el importe total del contrato y su consideración como garantía definitiva y también el juicio que, desde el mismo punto

de vista, puedan merecer las normas sobre cancelación de garantías definitivas, lo cierto es que no existe ningún precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni de su desarrollo reglamentario, que permita sostener que esta garantía puede ser cancelada con criterios distintos a los que, con carácter general, se establecen para todos los supuestos de garantías definitivas.

3. Como esta Junta Consultiva consigna en informe de esta misma fecha, lo razonado anteriormente se refiere, como es obvio, a la legislación vigente en la actualidad, pero no excluye que, en el futuro, si se considera justificado el razonamiento expuesto en aquel informe en el sentido de "que no parece justo que realizada la obra y recibida de conformidad la empresa adjudicataria haya de soportar, durante el período de garantía previsto en el contrato una carga adicional como es el mantenimiento de una garantía definitiva muy superior a la habitual, cuando objetivamente el mayor riesgo que suponía su ejecución por la presunción de temeridad de la oferta ha desaparecido, como acredita el hecho mismo de la realización de la obra a satisfacción", por vía de modificación de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o por vía de desarrollo reglamentario de la misma, se promueva la norma correspondiente en la que se consagre la interpretación, que ahora con la normativa vigente resulta imposible, de la posibilidad de sustituir la garantía definitiva del total del importe del contrato por obra de cuantía equivalente al 4 por 100 del presupuesto de licitación una vez recibida la obra de conformidad y durante el plazo de garantía de la misma.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que sin perjuicio de una posible modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o de un desarrollo por vía reglamentaria aclaratorio de la misma, de conformidad con la legislación actualmente vigente la garantía definitiva por el importe total del contrato prevista en los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se rige, en cuanto a su cancelación y devolución por las mismas normas que la garantía definitiva del 4 por 100 del presupuesto del contrato, sin que, en consecuencia, exista posibilidad de cancelación y sustitución de la primera por la segunda durante el período de garantía del contrato.

Informe 48/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de obras. Conceptos generales. Exigencia a los licitadores de otros documentos justificativos de la solvencia económica o profesional, además del certificado de clasificación.

ANTECEDENTES

Por D. José Luis Alonso Alonso, en su calidad de Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Que por medio del presente escrito y al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formula la siguiente consulta en relación con la interpretación del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

Esta Confederación ha observado que por parte de numerosos órganos de contratación, en sus pliegos de condiciones para contratos de obras de presupuesto superior a 20.000.000 de pesetas, se viene requiriendo a los licitadores la presentación de determinados documentos acreditativos de su solvencia, además de la clasificación como contratistas de obras del Estado.

Entiende esta Confederación que, en los casos en que con arreglo a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es exigible la clasificación, ésta sustituye a los documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica.

El artículo 15.1 de la LCAP establece que "podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible".

El apartado 3 del mismo artículo dispone que "en los casos en que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19".

Por su parte el artículo 25 establece el "umbral" a partir del cual será necesaria la clasificación del contratista: ejecución de contratos por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas, en el caso de obras.

Por lo tanto, parece claro que para los contratos de obras de presupuesto inferior a 20.000.000 de pesetas, en los que no es exigible la clasificación, es necesario que los órganos de contratación precisen en el pliego los medios de acreditación de solvencia que vayan a ser utilizados. Pero en los casos en que estos contratos tengan un presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas, entendemos que ese requisito queda sustituido por la correspondiente clasificación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.1 antes citado.

Sin embargo, por parte de algún órgano de la Administración se ha interpretado el apartado 3 del mencionado artículo 15 en el sentido de que el órgano de contratación puede exigir documentación justificativa de la solvencia del licitador siempre que lo considere necesario.

Por ello interesa a esta Confederación conocer el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la procedencia o no de la exigencia a los licitadores de otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, además del certificado de clasificación, en los casos en que dicha clasificación sea exigible.

Y en virtud de lo expuesto, a V.I. solicita:

Que teniendo por formulada la precedente consulta se emita el oportuno informe sobre la cuestión planteada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta y de la consignación expresa que en el mismo se realiza, resulta que la cuestión suscitada consiste en la interpretación del artículo 15 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y se resuelve en determinar si en los casos que sea exigible la clasificación -en los contratos de obras de presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas, que es el caso consultado, aunque idéntica conclusión debe mantenerse en relación con los contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales de presupuesto igual o superior a 10.000.000 de pesetas- la clasificación exime de aportar los documentos justificativos de la solvencia económica financiera y técnica o profesional o, por el contrario, puede el órgano de contratación, a pesar de la clasificación, exigir documentación justificativa de la solvencia del licitador al amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 15 de la Ley.

2. La mera interpretación literal del artículo 15 de la Ley conduce a conclusiones claras y definitivas al respecto, pues si su apartado primero señala que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible, al referirse posteriormente su apartado tercero a los casos en que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, es evidente que no puede alcanzar al único supuesto en que precisamente la Ley permite no justificar la indicada solvencia, que es el de la clasificación que como expresamente ha señalado el apartado primero sustituye, es decir, se coloca en el lugar de la exigencia de justificar la solvencia.

3. Aunque lo razonado en el apartado anterior de este informe eximiría de otros razonamientos que confirmasen la conclusión sentada, lo cierto es que la finalidad y la manera concreta que nuestra legislación aborda el requisito de la clasificación, conducirían por sí solas a idéntica conclusión.
Como es sabido y así aparece reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, en la que por primera vez establece la calificación y clasificación de contratistas de obras, la clasificación tiene como finalidad la de adecuar las posibilidades de aquéllos a las exigencias que el cumplimiento de cada contrato comparta, de manera que por cauces objetivos, debidamente garantizados se determine de antemano la idoneidad de cada uno con vistas a la contratación pública. Esta finalidad que debe considerarse subsistente, al no haberse producido modificaciones normativas sustanciales que puedan desvirtuarla, tiene su reflejo adecuado en diversos preceptos de nuestra legislación de contratos del Estado hoy incorporados a la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, especialmente en su artículo 27 expresivo de que la clasificación de las empresas se hará con arreglo a sus características fundamentales determinadas según lo establecido en los artículos 16, 17, 18 y 19.
Lo que se quiere reflejar con estas ideas es la de que si la clasificación tiene por finalidad determinar anticipadamente la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los contratistas y se lleva a cabo por imperativo del artículo 27 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas utilizando los criterios consignados en los artículos 16 a 19, carecería de toda lógica que el resultado de la clasificación pudiera quedar desvirtuado por la exigencia del órgano de contratación de documentos justificativos de condiciones de solvencia, por lo que procede concluir que la interpretación histórica, sistemática y finalista de las normas de clasificación confirman el resultado obtenido por la interpretación literal del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la interpretación correcta de los apartados 1 y 3 del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente puede conducir a la conclusión de que, en los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones.

Informe 63/96, de 18 de diciembre de 1996. Contratos de obras. Ejecución de las obras y abono al contratista. Diversas cuestiones relacionadas con la transmisión o cesión de certificaciones de obra y con su embargo.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Ferrol (La Coruña) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"Con motivo de orden judicial de traba de la totalidad de créditos de una empresa adjudicataria de diversos contratos de ejecución de obra, y así como de reclamaciones municipales frente a la misma, y ante el hecho, de que la referida sociedad ha cedido todos sus créditos a terceros, unas veces en escritura pública y otras mediante endoso de certificaciones, se formulan las siguientes preguntas:

A/.- Momento en que puede ser cedido en crédito a tenor de los artículos 100 y 101 de la Ley 13/1995: ¿Una vez expedida la certificación o es necesaria la aprobación previa de la misma?.

B/.- Item, momento procedimental oportuno para que por los Servicios de Contabilidad se tome razón de la transmisión en el Libro Registro y se diligencie en las certificaciones: ¿Una vez que se notifica fehacientemente o una vez que ha sido aprobada y conformada (Art. 145 R.G.C.E.)?.

C/.- ¿En la toma de razón del endoso, ha de dejarse constancia o no de la situación del crédito en dicho momento, v.c. que la certificación no está aprobada o que existe orden de embargo?

D/.- Recibido orden de traba judicial o administrativa, ésta debe extenderse a las certificaciones endosadas a terceros o al contrario debe distinguirse si el endoso ha sido condicionado o no por la Administración, iniciando en todo caso, expediente para resolver el incidente con audiencia de los interesados y el embargante.

E/.- Admitido que las certificaciones endosadas son embargables por créditos contra el cedente, o al menos aquellas cuya toma de razón fue condicionada y excepcionada, ¿cuál debe ser la prelación para la traba de créditos contra los endosatarios, entre los que son posibles a priori, estas tres opciones?:

MECANICA.- Conforme al orden en que llegaron a Tesorería para su abono: los primeros pagos deben sufrir las consecuencias.

JUDICIAL.- Instar del Juzgado la solución o instar a las partes a que diriman, ante dicha jurisdicción, su mejor derecho, paralizando la ejecución.

ADMINISTRATIVO.- Resolver el Ayuntamiento previa audiencia de las partes y, en este caso, conforme a qué procedimiento y criterio".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de intentar dar respuesta concreta a las cuestiones que se suscitan en el escrito de consulta, parece conveniente realizar algunas consideraciones previas y generales, de un lado, sobre la naturaleza y efectos de las figuras jurídicas de la transmisión o cesión de créditos, en concreto, de las certificaciones de obras, y de los embargos, y, de otro lado, sobre las actuaciones que debe realizar el órgano de contratación ante requerimientos judiciales o administrativos relacionados con

embargos de créditos de los que el órgano de contratación resulta decidor, dado que estas consideraciones generales pueden servir de fundamento y aclaración a las concretas cuestiones planteadas por el Ayuntamiento consultado.

2. El artículo 101 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo la titulación de "transmisión de los derechos de cobro" ha venido a dar rango legal y general a la figura que con referencia exclusiva a las certificaciones de obra venía regulada de manera incompleta en el artículo 145 del Reglamento General de Contratación del Estado.

A pesar de las oscilaciones de los criterios jurisprudenciales existentes con anterioridad a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la naturaleza y transmisión de certificaciones, parece que hoy puede sostenerse, según la doctrina más reciente y autorizada que se ha ocupado del tema, que, conforme al artículo 101 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la transmisión o cesión del crédito que representa la certificación encaja en el negocio jurídico expresamente previsto en los artículos 1.526 del Código Civil, produciéndose el efecto fundamental de transmitirse la propiedad del transmitente o cedente al adquirente o cesionario, siempre que se cumpla el requisito imprescindible para la plena efectividad frente a la Administración de la cesión, de la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión, según establece el apartado 2 del citado artículo 101 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aclarando su apartado 3 que una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario y que antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista surtirán efectos liberatorios.

En cuanto al embargo de bienes en general y de créditos en particular viene configurado en las normas procesales y administrativas como medida cautelar que no implica decisión alguna de fondo sobre las cuestiones planteadas, sino que persigue una finalidad de aseguramiento de la decisión que en un juicio o procedimiento administrativo se dicte, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha sido reiterada y uniforme en el doble sentido de que para determinar la preferencia entre embargos hay que tener en cuenta exclusivamente a la fecha de su realización, siendo preferente el de fecha anterior, y en el de que el embargo no prejuzga la preferencia de los créditos concurrentes para su específica satisfacción.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la anterior legislación de contratos del Estado, ni regulan ni pueden regular la realización de embargos y sus efectos. Únicamente el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado establecía la limitación referente a las certificaciones de obra de que sólo podían ser embargadas con destino al pago de salarios devengados en la propia obra y al de las cuotas sociales derivadas de los mismos, pero esta limitación hoy desaparecida al no mencionarla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como es lógico, no estaba dirigida a los órganos de contratación sino a los órganos judiciales y administrativos que decretan embargos.

En cuanto a las actuaciones del órgano de contratación en relación con los requerimientos que reciban de órganos judiciales o administrativos que decretan embargos, ha de limitarse a cumplimentar dichos requerimientos o, en su caso, indicar al órgano requiriente su criterio sobre la procedencia o improcedencia del embargo del crédito decretado, pero sin que en ningún caso corresponda al órgano de contratación el decidir sobre este extremo, siendo los que se sienten perjudicados por las decisiones del órgano judicial o administrativo que decreta el embargo los que deben plantear sus reclamaciones y recursos ante éstos últimos y no ante el órgano de contratación.

3. Una vez realizadas estas consideraciones generales puede darse respuesta a las cuestiones suscitadas.

A) En cuanto al momento en que puede ser cedido el crédito, a tenor de los artículo 100 y 101 de la Ley 13/1995, debe responderse que desde el momento mismo de su existencia, que en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas se liga a la expedición de las certificaciones, según resulta claramente del apartado 4 del artículo 100 que se refiere de manera expresa a la fecha de la expedición de las certificaciones o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Ello no obsta para que, con independencia, deban cumplirse los trámites posteriores que para la aprobación de la certificación de obra vienen establecidos en el artículo 142 del Reglamento General de Contratación del Estado en las cláusulas 47 y 48 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, y resulta, asimismo, de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de diciembre de 1984.

B) En cuanto al momento procedimental oportuno para que por los Servicios de Contabilidad se tome razón en el Libro Registro y se diligencie en las certificaciones, de conformidad con el artículo 145 del Reglamento General de Contratación del Estado, la respuesta debe darse de acuerdo con el criterio del artículo 101 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que solo exige, para que la cesión surta efectos frente a la Administración, la notificación fehaciente a la misma y nunca la aprobación y conformidad por parte de ella.

C) En cuanto a las cuestiones de si ha de dejarse constancia en la toma de razón del endoso de que la certificación no está aprobada o que existe orden de embargo parece lógico, aunque no exista norma expresa que imponga esta obligación, hacer constar estas circunstancias en la toma de razón del endoso y, en cuanto a la segunda, no solo que existe orden de embargo, sino lo que es más importante, que la certificación ha sido embargada.

D) La cuestión planteada en este epígrafe de la extensión de la traba judicial o administrativa a las certificaciones endosadas a tercero ha de ser resuelta de conformidad con lo indicado con carácter general, en el sentido de que no es el órgano de contratación el que debe decidir los bienes que resultan embargables por lo que, en todo caso, deberá limitarse a exponer al órgano judicial o administrativo que decreta el embargo la improcedencia de embargar certificaciones endosadas para que le propio órgano judicial o administrativo resuelva lo procedente, contra cuya resolución los interesados deberán hacer valer los recursos oportunos.

E) Idéntica respuesta ha de darse a la cuestión suscitada en el último apartado del escrito, dado que, en absoluto corresponde al órgano de contratación resolver sobre la preferencia de embargos, sino que habrán de ser los correspondientes órganos judiciales y administrativos que decretan los embargos acudiendo, en su caso, al Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.

Informe 66/96, de 18 de diciembre de 1996. Contrato de obras. Ejecución de las obras y abono al contratista. Embargo de certificaciones de obra, derivadas de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES.

Firmado por el Presidente-Alcalde de la Ciudad de Ceuta se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito redactado en los siguientes términos:

> *"Con la entrada en vigor de la Ley 13/96 de 18 de mayo, sobre contratos de las Administraciones Públicas, nos ha surgido la duda sobre la posibilidad de embargar la totalidad o no del importe de las Certificaciones de Obras, expedida con posterioridad a este cuerpo normativo, pero en un contrato adjudicado con anterioridad a la eficacia de esta Ley, toda vez que en ella no se trata el tema en profundidad.*
>
> *Por ello, se considera de suma importancia, sea emitido dictamen al respecto por la Junta Consultiva a la que me dirijo, a la vez de que por la misma se manifieste, igualmente, la posibilidad de embargar la totalidad del importe de las Certificaciones de Obras, en contratos adjudicados una vez entrada en vigor la Ley 13/95, de 18 de mayo de las Administraciones Públicas."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Pese a los términos algo confusos en que aparece redactado el escrito de consulta se desprende del mismo que se someten a conocimiento de esta Junta la posibilidad de embargar ó no certificaciones de obra expedidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero derivadas de contratos adjudicados con anterioridad y la posibilidad o no de embargar certificaciones de obra derivadas de contratos adjudicados a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Antes de intentar dar soluciones concretas a las dos cuestiones planteadas parece oportuno realizar algunas consideraciones sobre la figura de los embargos y la posición del órgano de contratación ante los mismos para pasar, a continuación, al extremo en que se concreta la consulta, consistente en determinar la modificación que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introduce, en este extremo, en relación con la legislación anterior, y los posibles efectos intertemporales de la aplicación de dicha modificación.

2. Como se pone de relieve por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informe de esta misma fecha, el embargo de bienes, en general, y de créditos representados en certificaciones de obra, en particular, viene configurado en las normas procesales y administrativas que lo establecen o autorizan como medida cautelar que no implica decisión alguna de fondo sobre las cuestiones planteadas, sino que persigue una finalidad de aseguramiento de la decisión que se dicte en un juicio o procedimiento administrativo. Esta es la razón de que ni la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni la anterior legislación de contratos del Estado, regulen, ni puedan regular, la realización de embargos y sus efectos, sin que la norma del artículo 47 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al establecer la limitación referente a que las certificaciones de obra sólo podían ser embargadas con destino al pago de salarios devengados en la propia obra y al de las cuotas sociales derivadas de los mismos pudiese considerarse dirigida a los órganos de contratación, sino a los órganos judiciales y administrativos que decretan embargos,

por lo que, en definitiva, los órganos de contratación que reciban requerimientos de órganos judiciales o administrativos que decretan embargos han de limitarse a cumplimentar dichos requerimientos o, en su caso, indicar al órgano requiriente su criterio sobre la procedencia o improcedencia del embargo decretado, pero sin que, en ningún caso, corresponda al órgano de contratación el decidir sobre este extremo, siendo los que se sientan perjudicados por las decisiones del órgano judicial o administrativo que decreta el embargo los que deben plantear sus reclamaciones y recursos ante estos últimos y no ante el órgano de contratación.

3. El artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado establecía, como es sabido, que "las certificaciones sólo podrán ser embargadas con destino al pago de salarios devengados en la propia obra y al de las cuotas sociales derivadas de los mismos", precepto que fue considerado ajustado a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1993, de 27 de mayo. La consideración de que solución contraria a la proclamada en el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado, tampoco infringiría ningún precepto constitucional es la que ha motivado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas haya guardado silencio sobre este extremo y, en consecuencia, hoy deba considerarse desaparecida de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la limitación que el artículo 47 establecía en cuanto a la limitación de los embargos de certificaciones de obras, precisamente porque la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deroga expresamente la Ley de Contratos del Estado y, por tanto, su artículo 47, sin que exista base alguna para sostener su vigencia en el artículo 145 del Reglamento General de Contratación del Estado que, en este extremo, por la técnica utilizada por dicho Reglamento, se limitaba a reproducir el contenido del precepto legal.

4. Precisado el alcance que, en cuanto a la embargabilidad de certificaciones de obras, introduce la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la anterior legislación de contratos del Estado, resta por precisar si dicha modificación resulta aplicable a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que al parecer es la única cuestión que se consulta.
A juicio de esta Junta la pretendida aplicación literal a este supuesto de la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto que a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor les continuaría siendo de aplicación el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado con la limitación en él contenida de la inembargabilidad de certificaciones de obra, choca frontalmente con la consideración antes expuesta de que, ni la Ley de Contratos del Estado, ni la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, regulan ni pueden regular la materia de embargos por lo que al desaparecer simplemente una limitación respecto de los bienes embargables, tal desaparición no es una cuestión relativa a la contratación administrativa que haya de regirse por la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que debe jugar en relación con las certificaciones de obra derivadas de contratos adjudicados, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y ello, por aplicación del criterio de que las normas procesales o procedimentales deben aplicarse a los trámites pendientes de cumplir, y siendo la desaparición de la limitación, en cuanto a los bienes embargables, una norma procesal o procedimental resulta evidente su aplicación a los embargos que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la Ley, aún cuando las certificaciones de obra que se pretende embargar deriven de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la desaparición en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de la limitación que, en cuanto al embargo de certificaciones de obras, incorporaba el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado, debe jugar , tanto respecto a las certificaciones de obras derivadas de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como de los contratos adjudicados a partir de su entrada en vigor.

Informe 8/97, de 20 de marzo de 1997. Contrato de obras. Conceptos generales. Método o fórmulas para valorar el precio como criterio de selección de ofertas en el concurso.

ANTECEDENTES.
Por el Director de la Oficina Española de Patentes y Marcas del Ministerio de Industria y Energía se plantea ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la consulta que a continuación se reseña:

*"**Primero**. Con fecha 3 de julio de 1996 el Consejo Rector del Consorcio de Obras y Servicios de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (COSOAMI) integrado por representantes de la Administración del Estado, la Comunidad Valenciana, la Diputación Provincial de Alicante y el Ayuntamiento de Alicante, aprobó el pliego de cláusulas administrativas que habían de regir el concurso para la contratación del proyecto y desarrollo de las obras de construcción de la sede definitiva de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI).*

La cláusula 15ª; del citado pliego se refería a los criterios que habían de regir la adjudicación del concurso, con el siguiente tenor literal:

> *"Para formular su propuesta, la Comisión Técnica atenderá preferentemente a los siguientes criterios y ponderación:*
>
> *1. Calidad del proyecto propuesto por el licitador. Se atribuye una ponderación del 35%, valorándose: (...).*
>
> *2. Importe de la oferta. Se atribuye una ponderación del 35%.*
>
> *3. Solvencia del licitador. Se atribuye una ponderación del 15% valorándose: (...).*
>
> *4. Plan de control de calidad. Se atribuye una ponderación del 10%.*
>
> *5. Plazo de realización de los trabajos. Se atribuye una ponderación del 5%."*

Como puede comprobarse, en la citada cláusula no se incluía fórmula o método alguno para determinar el modo de ponderación del criterio del "importe de la oferta".

***Segundo**. El concurso fue anunciado en el DOCE de fecha 30 de julio de 1996 y en el BOE de 1 de agosto del mismo año. En el anuncio se señalaba expresamente (apartado 10 b) que "Las consultas sobre la información contenida en los pliegos del concurso se han de formular a la entidad adjudicadora por escrito y hasta el 26 de septiembre de 1996; las respuestas, en su caso, se darán igualmente por escrito a todos los solicitantes de los pliegos".*

***Tercero**. Siguiendo lo indicado en la anterior prescripción, la empresa CLEOP formuló, en fecha 24 de septiembre, una consulta con el siguiente tenor:*

> *"¿Qué criterio está previsto por la Comisión Técnica adoptar, para calificar con la máxima puntuación (35%) el importe de la oferta. Al presupuesto cuyo importe sea el más bajo, medio...?".*

Los miembros del citado Comité Técnico (mesa de contratación en el concurso) nombrados en aquel momento (D. Julián Alvarez, entonces Director de la Oficina

Española de Patentes y Marcas, D. José Gadeo, Director del COSOAMI y D. Miguel Angel Cano, arquitecto municipal designado por el Ayuntamiento de Alicante), sin solicitar dictamen de esa Junta Consultiva, optaron por aplicar en la ponderación del criterio del importe de la oferta económica una fórmula similar a la utilizada por el Ministerio de Fomento en ciertas ocasiones, partiendo de otorgar la máxima puntuación a la oferta que consistiera en la media de las presentadas menos cinco puntos porcentuales, penalizando las desviaciones que, por exceso o defecto, pudieran producirse con relación a esa cifra óptima.

Por ello, el 30 de septiembre de 1996 el Comité comunicó a todas las empresas que habían retirado los pliegos que "la oferta económica se evaluará cuantitativamente en función de su porcentaje de baja respecto al presupuesto de licitación; recibiendo la máxima puntuación aquella/s oferta/s cuya/s baja/s, en porcentaje, sea igual a la media aritmética de lasa bajas, en porcentaje, de todas las ofertas admitidas, aumentada en cinco puntos. La puntuación de aquellas ofertas cuyo porcentaje de baja difiera, en más o en menos, de la baja media más cinco puntos, irá descendiendo linealmente".

***Cuarto**. No planteándose por los licitadores objeciones a la respuesta indicada, en fecha 11 de noviembre de 1996 se procedió, en acto público, a la apertura de sus respectivas proposiciones económicas.*

***Quinto**. Con posteridad, y como consecuencia de un escrito remitido al Secretario General Técnico del Ministerio de Industria y Energía por la empresa FCC FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. en el que se plantean algunas objeciones relativas al criterio antedicho, varios miembros del Consejo Rector del COSOAMI (representantes del citado Ministerio), órgano de contratación en este concurso, tuvieron por primera vez conocimiento del baremo utilizado por el Comité Técnico.*

Los representantes del Ministerio de Industria y Energía en el Consejo Rector manifestaron sus reservas en relación con el criterio aplicado por entender que, al referirse el pliego -auténtica ley del contrato- exclusivamente al "importe de la oferta", el criterio más razonable consistiría en atribuir, mediante la aplicación de la fórmula que se considerase más conveniente, y excluyendo en todo caso aquellas proposiciones que pudieran considerarse temerariamente bajas, mayor puntuación a las ofertas que supusieran un menor precio y viceversa. Como posibles baremos consideraron aplicables los siguientes:

a) Atribuir a la menor oferta económica la máxima puntuación y a la mayor la mínima (cero puntos), determinando las demás en forma proporcional a ambas puntuaciones, conforme a la fórmula siguiente:

$$P = \frac{3}{5} - \frac{}{} (Max - Of)$$

$$C$$

donde P es la puntuación correspondiente a la oferta, C es la diferencia entre las ofertas máxima y mínima, Max es la oferta máxima y Of la oferta correspondiente al licitador que se valora.

b) Establecer diversos modelos matemáticos partiendo de dar a la media de las ofertas una puntuación de 17.5 puntos atribuyendo la puntuación máxima o mínima a las ofertas que se desvíen en un determinado porcentaje sobre la citada media (20%, 25%, 30%, 35% ó 40%), siendo mayor la puntuación cuando el precio de licitación sea menor.

c) Aplicar un criterio de proporcionalidad exclusivamente respecto de la oferta más reducida, a la que se atribuiría la puntuación máxima, calculando la ponderación de las demás con arreglo a la fórmula:

$$P = \frac{35 * min}{Of}$$

donde P es la puntuación obtenida, min es la oferta mínima y Of la oferta correspondiente al licitador que se valora.

A la vista de los hechos referidos anteriormente se plantea, a fin de que la actuación del órgano de contratación sea absolutamente adecuada a los principios establecidos en la Ley 13/1995, consulta con el siguiente tenor literal:

¿Cómo y conforme a qué fórmula ha de ser valorado el criterio "importe de la oferta" establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación, por el sistema de concurso abierto, de la redacción del proyecto y desarrollo de las obras de construcción de la sede definitiva de la OAMI?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consistente en determinar el método o fórmula de ponderación del criterio del "importe de la oferta" que figura con una ponderación del 35 por 100 en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso para la contratación del proyecto y desarrollo de las obras de construcción de la sede definitiva de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), ha de ser resuelta partiendo de lo que se estima correcta interpretación del artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. A diferencia de la adjudicación por subasta a la oferta de precio más bajo en la que no se plantean especiales problemas de valoración de las ofertas, en la adjudicación por concurso, en la que, por esencia, no puede jugar exclusivamente el criterio del precio, surgen determinados problemas consistentes en determinar cuales sean los criterios de adjudicación del contrato, el orden de aplicación de los mismos y su respectiva ponderación y el del documento en el que deben figurar los extremos reseñados. A cumplir esta finalidad atiende el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo apartado 1 señala que "en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir 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 aquella" añadiendo el

apartado 2 que "los criterios a que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya".
Del precepto que ha quedado transcrito se deduce la conclusión de que los criterios para adjudicar el concurso, entre los que puede, y normalmente debe, figurar el precio, han de ser objetivos y figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la ponderación que se les atribuya, lo que en principio se cumple en el presente caso ya que se incluyen en el pliego criterios objetivos, entre ellos el del precio o importe de la oferta, a cuyo criterio se atribuye una ponderación del 35%.
La verdadera cuestión surge cuando una determinada empresa, fundándose en el apartado 10 b) del anuncio referente a consultas sobre la información contenida en los pliegos, consulta el criterio previsto para calificar con la máxima puntuación (35%) el importe de la oferta y se le contesta, al igual que a todas las empresas que habían retirado los pliegos, que "la oferta económica se evaluará cuantitativamente en función de su porcentaje de baja respecto al presupuesto de licitación; recibiendo la máxima puntuación aquella/s oferta/s cuya/s baja/s en porcentaje, sea igual a la media aritmética de las bajas, en porcentaje, de todas las ofertas admitidas, aumentada en cinco puntos" añadiendo que "la puntuación de aquellas ofertas cuyo porcentaje de baja difiera, en más o en menos, de la baja media más cinco puntos, irá descendiendo linealmente".
Por ello la cuestión suscitada en el presente expediente consiste en determinar si la fórmula reseñada contradice el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. El carácter flexible que resulta del artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en orden a la ponderación de los diversos criterios objetivos del concurso, entre ellos el del precio, determina que, a juicio de esta Junta, fórmulas como la que ha quedado reseñada cumplen las exigencias de objetividad que han de darse el establecimiento de los criterios de adjudicación del concurso y en la valoración de los mismos, pues no debe olvidarse que el precio, en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, figura solo a título enunciativo entre otros criterios sin establecer reglas concretas para su valoración.
Sin embargo, en el presente caso, no debe olvidarse que dicha fórmula no ha figurado en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso, sino que se ha comunicado a las empresas como respuesta a una consulta sobre información de los pliegos, lo que, a juicio de esta Junta contradice, no sólo el espíritu y finalidad del artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas e incluso su tenor literal, ya que la fórmula reseñada es una ponderación del criterio del precio, sino fundamentalmente el contenido del pliego que, al mencionar simplemente, como criterio de adjudicación, el importe de la oferta con una ponderación del 35%, no permite la aplicación de criterios de las que puede resultar una valoración superior de ofertas de precio inferior, por lo que se estima que, en este caso concreto, resultan ajustadas al contenido del pliego todas aquellas fórmulas que atribuyan a la menor oferta económica mayor puntuación y a la mayor menor puntuación, admitiéndose, en consecuencia, cualquiera de las que se consignan en el escrito de consulta.

4. El presente informe debe concluir con una observación reiteración de criterios anteriormente sostenidos por esta Junta, dado que como en el escrito de consulta se propugna excluir en todo caso "aquellas proposiciones que pudieran considerarse temerariamente bajas" hay que recordar que en esta Junta en su informe de 5 de junio de 1996 (Expediente 18/96) sostuvo no resultar aplicable al concurso, por su especial naturaleza, el criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado para apreciar la temeridad o desproporcionalidad de proposiciones, sin perjuicio de que en los pliegos de los concursos, mediante el juego

de los criterios objetivos para la adjudicación y su obligada ponderación, se puedan establecer sistemas para valorar adecuadamente las proposiciones temerarias o desproporcionadas, por lo que resulta imposible la propuesta de "excluir" proposiciones incursas en presunción de temeridad, sin perjuicio de que a las mismas les pueda corresponder una puntuación equivalente a 0 en la valoración del criterio del precio".

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, al figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso como criterio de adjudicación el del precio de la oferta con una ponderación del 35% no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquéllas que atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el pliego.

Informe 17/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de obras. Revisión de precios. Requisitos para la aplicación de la revisión de precios.

ANTECEDENTES.
Por el Consejero Insular del Area de Infraestructura y Medio Ambiente del Cabildo Insular de Tenerife se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Las direcciones facultativas de obras de esta Excma. Corporación, una vez entrada en vigor la LCAP, vienen aplicando criterios divergentes en lo que se refiere a las certificaciones de revisión de precios. Así, por un lado,interpretando conjuntamente el art. 104 de la LCAP y el 4.1 del Decreto Ley 2/64 de 4 de Febrero, se excluye de la revisión el primer 20% certificado del presupuesto total del contrato. La otra interpretación entiende que el sentido del art. 104 de la LCAP es que una vez generado para el contratista el derecho a la revisión de precios, ésta se aplica al origen sobre la totalidad de lo certificado.*
>
> *A fin de mantener un criterio uniforme en la interpretación del asunto de referencia, y dado que no se han emitido informes por la Secretaría e Intervención, le ruego ilustre a esta Excma. Corporación en cuanto a la interpretación más adecuada conforme a la LCAP."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.
1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se formula la consulta viene firmado por el Consejero Insular del Area de Infraestructura y Medio Ambiente del Cabildo Insular de Tenerife.
Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 25 de octubre de 1993 (Expediente 19/93), 2 C de julio, 24 de octubre y tres de 21 de diciembre de 1995 (Expedientes 22/95, 24/95, 39/95, 41/95 y 46/95) y 21 de marzo de 1997 (Expediente 7/97) la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.
En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y órganos mencionados -en este caso concreto por el Presidente del Cabildo- sino por el Consejero Insular del Area de Infraestructura y Medio Ambiente del Cabildo, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre la cuestión suscitada, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.
A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa los términos en que aparece redactado el artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, estableciendo que la revisión de precios tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación, no admiten otra interpretación que la literal de que ambos requisitos figuran como acumulativos y no como alternativos, de tal modo que tanto el 20 por 100 del importe como los seis meses desde la adjudicación se consideran por la Ley exentos de revisión.

Informe 24/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de obras. Revisión de precios. Vigencia o derogación del artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre umbrales de la revisión de precios.

ANTECEDENTES.

Por D. José Luis Alonso Alonso, en su calidad de Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Por parte de algunos órganos de contratación se viene interpretando que, además de los límites establecidos en el artículo 104-1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para que tenga lugar la revisión de precios, es preciso que el resultado de la aplicación de los índices de precios a las fórmulas polinómicas correspondientes a cada contrato sea superior a un entero veinticinco milésimas (1,025) o inferior a ceros enteros novecientas setenta y cinco milésimas (0,975). Es decir, se interpreta que el artículo 4º del Decreto-Ley 2/1964 mantiene su vigencia con rango reglamentario.

Hay que recordar que, tanto la antigua Ley de Contratos del Estado en su artículo 12, como el Reglamento General de Contratación en su artículo 30, contenían una remisión a la legislación especial en lo que respecta a la posible inclusión de cláusulas de revisión de precios en los contratos. Esta legislación especial se hallaba contenida en el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, y en sus normas de desarrollo reglamentario.

El citado Decreto/Ley 2/1964 establecía en su artículo 4º los siguientes requisitos para la inclusión de cláusulas de revisión de precios en los pliegos de condiciones particulares:

1. La revisión no tendría lugar hasta que se hubiese certificado al menos un 20% del presupuesto total del contrato.

2. Para que hubiese lugar a la revisión sería condición indispensable que el coeficiente resultante de la aplicación de los índices de precios oficialmente aprobados a las fórmulas polinómicas correspondientes, fuese superior a 1,025 o inferior a 0,975. A partir de tal situación se procedería a la revisión restando o sumando al coeficiente resultante 0,025, obteniendo así el coeficiente aplicable sobre la parte de obra pendiente de ejecutar.

La nueva Ley 13/1995 dedica el Título IV de su Libro II a la revisión de precios de los contratos de la Administración. A diferencia de la antigua LCE, que se remitía a una legislación especial, la propia Ley regula en seis artículos los requisitos para la revisión de precios, las fórmulas de revisión, los índices de precios, el procedimiento de revisión y el pago de su importe.

El apartado 1 del artículo 104 establece que "la revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por cien de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación". Y el artículo 107, relativo al procedimiento de revisión, dispone que "cuando se utilicen fórmulas de revisión de precios en los contratos de obras y suministro de fabricación, se procederá a la revisión mediante la aplicación del coeficiente resultante de aquéllas sobre el precio liquidado en la prestación realizada". Es decir, se ha eliminado la antigua restricción, aplicándose ahora el coeficiente resultante de las fórmulas en su integridad.

Por su parte, la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, deroga expresamente en su apartado 1.e) el Decreto Ley 2/1964 y sus disposiciones complementarias,

manteniendo, no obstante, su vigencia con carácter reglamentario en cuanto no se opongan a lo establecido en esta Ley.

Por lo tanto, la normativa sobre revisión de precios contenida en la Ley 13/1995, ha venido a sustituir en gran parte el régimen previsto en el Decreto-Ley 2/1964, que mantiene su vigencia con carácter reglamentario únicamente en o que no se ponga a la Ley. Y, a juicio de esta Confederación, está claro que los requisitos señalados en el artículo 4º de éste han sido sustituidos por los establecidos en los artículo 104 y 107 de la nueva Ley, que ya hemos señalado.

En cuanto al requisito relativo a la ejecución de al menos un 20% del contrato, éste no ofrece duda pues existía ya en la regulación anterior y se mantiene. En cuanto al transcurso de los seis meses desde la adjudicación, se trata de un nuevo requisito establecido por la nueva Ley. Y en cuanto al antiguo requisito relativo al coeficiente resultante de la aplicación de los índices a las fórmulas polinómicas, que debía ser superior a 1,025 o inferior a 0,975, a nuestro juicio ha quedado derogado, puesto que se opone a lo dispuesto en el artículo 107 de la nueva Ley más arriba transcrito.

En consecuencia, entiende esta Confederación que los requisitos para la aplicación de la revisión de precios en los contratos de la Administración son los establecidos en el Título IV del Libro I de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no siendo de aplicación la restricción contenida en el apartado 2 del artículo 4º del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero.

Sin embargo, esta interpretación no parece ser admitida por parte de algún órgano de la Administración que entiende, como ya hemos indicado al principio, que el artículo 4º del Decreto-Ley 2/1964 sigue vigente en su integridad con carácter reglamentario.

Por ello interesa a esta Confederación conocer el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el régimen aplicable a la revisión de precios de los contratos de la Administración y en concreto sobre la cuestión de si siguen siendo aplicables los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 4º del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si, conforme a la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, en cuanto establece que "para que haya lugar a revisión será condición indispensable que el coeficiente resultante de la aplicación de los índices de precios oficialmente aprobados a las fórmulas polinómicas o conjunto de fórmulas polinómicas correspondientes a cada contrato sea superior a un entero veinticinco milésimas (1,025) o inferior a cero enteros novecientas setenta y cinco milésimas" añadiendo que "a partir de tal situación se procederá a la revisión, restando o sumando al coeficiente resultante, según sea superior o inferior a la unidad, cero enteros veinticinco milésimas (0,025) obteniéndose así el coeficiente aplicable sobre la parte de obra pendiente de ejecutar", debe considerarse subsistente, como norma reglamentaria que no se opone a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario, por no darse esta última circunstancia debe considerarse derogado por la citada Ley, cuestión que habrá de ser resuelta sobre la base del examen de la naturaleza y significado de la prescripción contenida en el artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero y de la finalidad y regulación concreta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en materia de revisión de precios, debiendo tenerse en consideración, además, los antecedentes históricos y legislativos de ésta última, al ser éste último un elemento interpretativo de las normas consagrado expresamente en el artículo 3.1 del Código Civil.

2. El artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, viene a establecer un umbral o límite para la práctica de la revisión de precios consistente en un 2,5 por 100 (0,025) de tal modo que cuando la oscilación de precios determina una variación del 2,5 por 100 se ha cumplido el umbral de revisión o, dicho en otros términos, el contratista asume el riesgo hasta el 2,5 por 100 del aumento de los precios y la Administración del 2,5 por 100 del descenso, como ha señalado la doctrina más autorizada que se ha ocupado del tema.

Siendo esto así debe concluirse que la prescripción del artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, constituye un umbral o límite cuantitativo a partir del cual puede operar la revisión de precios equiparable, en cuanto a su naturaleza jurídica, al que el propio Decreto-ley establece en su artículo 4.1 disponiendo que "no habrá lugar a revisión, cualquiera que sea la oscilación de los costos, hasta que se haya certificado, al menos, un 20 por 100 del presupuesto total del contrato, volumen de obra que no será susceptible de revisión".

Con ello se quiere resaltar que el tan citado artículo 4.2. del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, no viene a regular un aspecto procedimental o complementario de la revisión de precios, sino un elemento esencial, cualquiera que sea el significado económico del mismo, de la propia revisión de precios, por lo que ya, por este carácter, debe anticiparse que es difícil admitir que el tan citado artículo y apartado puede encajar en el apartado 1 e) de la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece la subsistencia, como normas reglamentarias, de los preceptos del Decreto-ley 2/1964, de 2 de febrero.

3. La finalidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación concreta de la revisión de precios son las que avalan definitivamente la conclusión anticipada.

Sabido es que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como resalta su Exposición de Motivos, en su apartado 1.3, coloca entre sus objetivos o finalidades el de incorporar a su texto una serie de disposiciones dispersas, entre las que se cita expresamente el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre revisión de precios, que "dada su importancia exigen que se integren en la nueva (Ley) que se promulga para conseguir la continuidad en el propósito de aquélla (la antigua Ley) y que informa la redacción de ésta".

De acuerdo con esta idea los artículos 104 a 109 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que integran el Título IV, de su Libro I abordan la regulación de la revisión de precios, incorporando, con ciertas innovaciones, los preceptos del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, y como consecuencia de ello la disposición derogatoria única de la Ley, en su apartado 1 e) deroga expresamente el citado Decreto-ley con la aclaración de que sus preceptos mantendrán su vigencia con carácter reglamentario en cuanto no se opongan a lo establecido en la propia Ley.

Así el artículo 104 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que debe considerarse fundamental a los efectos del presente informe, aparte de señalar los contratos en los que procede o no procede la revisión de precios y de exigir que en el pliego se excluya la revisión cuando proceda y detalle la fórmula de revisión aplicable, viene a recoger, en su apartado 1, los umbrales de la revisión de precios al establecer que la misma tendrá lugar "cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación".

Si la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hubiera querido mantener además los umbrales del artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, hubiera sido necesario que los hubiese incorporado expresamente a su texto, como lo ha hecho con el del importe del 20 por 100 que antes figuraba en el artículo 4.1. del mismo Decreto-Ley y, al no hacerlo, demuestra claramente la intención del legislador

de suprimir los umbrales no incorporados a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que, por lo indicado anteriormente y por el criterio de su artículo 104, pueda considerarse que los umbrales de la revisión de precios pueden ser establecidos y regulados en normas reglamentarias, lo que sucedería si, al amparo de la disposición derogatoria de la Ley se admitiese la vigencia del apartado 2 del artículo 4 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero.

4. Lo hasta aquí expuesto aparece confirmado por la tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que el proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, presentado por el Gobierno el mes de marzo de 1994, incluía el artículo 105 en el que se reproducía casi literalmente el artículo 4.2 del Decreto ley 2/1964, de 4 de febrero, texto que fue suprimido en el Congreso de los Diputados como consecuencia de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán CIU y que, por tanto, ya no figura en el texto definitivo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con ello queda evidenciada la voluntad del legislador de suprimir los umbrales de revisión de precios que figuraban en el artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, y que asimismo figuraban en el proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes en el año 1994, en contraposición con los umbrales del 20 por 100 y de seis meses que actualmente figuran incorporados al artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el artículo 4.2 del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, al no incorporarse su contenido al texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe considerarse derogado por esta última, sin que pueda admitirse sus subsistencia como norma reglamentaria, al amparo del apartado 1 e) de su disposición derogatoria, dado que regulaba elementos esenciales de la revisión de precios, como son los umbrales de la revisión, que en todo caso, han de serlo por norma con rango de Ley y no por norma reglamentaria.

Informe 29/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de obras. Varios. Diversas cuestiones relacionadas con los plazos de ejecución de las obras, su abono respecto de las realizadas con anticipación a la previsión de ejecución, y financiación de las obras. Posibilidad de concurrencia de las Comunidades de Bienes a los contratos.

ANTECEDENTES.

1. Por D. Antón Marquet Artola, Diputado Foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipuzcoa, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"*Habiéndose planteado dudas sobre la validez y eficacia de ciertas cláusulas establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas de un expediente de contratación de la Diputación Foral de Guipuzcoa, y ante la posibilidad de plantearse nuevamente cláusulas de este tipo, quisiéramos plantear la moción adjunta sobre la relación entre el plazo de ejecución del contrato y la financiación del mismo.*

Por otro lado, observándose un aumento significativo de empresas que toman la forma jurídica de Comunidad de Bienes, quisiéramos conocer el tratamiento a las mismas cuando se presentan a las licitaciones de los contratos."

2. Al anterior escrito se acompaña un documento denominado "Moción sobre la relación entre el plazo de ejecución de una obra y la financiación de la misma" en el que expresamente se consignan las siguientes consultas:

1. Si es válida la previsión de los pliegos o si por el contrario, y conforme al artículo 14.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la administración contratante debe acomodar su financiación a la oferta del adjudicatario si ésta establece un plazo inferior al previsto en los pliegos de cláusulas administrativas, de forma que conforme a su plan de trabajo, la financiación prevista no se acomode a dichos plazos.

2. En qué momento comienzan a contar los plazos previstos en la legislación de contratos para los abonos al contratista, en caso de que por haberse agotado la consignación presupuestaria de un ejercicio, dejen de realizarse abonos al contratista hasta el siguiente ejercicio pese a cumplir éste con el plan de trabajo propuesto.

3. Si supone un posible aplazamiento del pago, el hecho de que los plazos previstos en la normativa de contratos para el abono de la liquidación, se pretenda aplicar sólo desde el momento en que se disponga de la anualidad correspondiente.

4. En definitiva, si es válido lo previsto en el punto 31.6 de dichos Pliegos."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Diputado Foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipuzcoa.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 10 de octubre de

1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo, 24 de octubre y 21 de diciembre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991, después de enunciar las personas que en la Administración del Estado pueden solicitar informes a la Junta añade que igualmente pueden solicitarlos "los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales".

En consecuencia, al no formularse la consulta por el Presidente de la Diputación Foral de Guipuzcoa, sino por el Diputado Foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de dicha Diputación Foral, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por el Presidente de la misma, tal como establece el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. Sin perjuicio de lo anterior, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas observaciones en cuanto a la cuestión de fondo que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse.

Las cuestiones concretas que se suscitan, pueden ser considerarse en dos grupos. Por una parte el régimen de financiación de los contratos y su posible derivación hacia el contratista, con especial referencia a las previsiones de pagos por ejecución de obras imputables a anualidades de ejercicios futuros, y por otra a la consideración del momento en que comienza a contar los plazos previstos para abono al contratista cuando por haberse agotado la consignación presupuestaria de un ejercicio dejen de realizarse abonos al contratista hasta el ejercicio siguiente, además de una referencia a la posibilidad de concurrencia a la adjudicación de contratos de las comunidades de bienes.

Respecto de la primera de las cuestiones debe ser resuelta considerando lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), respecto del contenido de los contratos, y en concreto respecto del límite de los contratos y de los pactos y condiciones que se establecen en los pliegos. El citado artículo señala que podrá concertarse tales contratos, pactos y condiciones que se tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o al principio de buena administración, por lo que no es posible incluir en los pliegos pactos contrarios a la regla contenida en el artículo 14.4 de la LCAP, en el sentido de que la financiación de los contratos no se adecue a su ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajo, con las salvedades establecidas en el artículo 145.2, respecto de los abonos a cuenta por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones o acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en la previsión contenida en el Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales aprobado Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, cuyo contenido esencial es reflejado en la cláusula 31.6 del pliego aprobado por la Diputación Foral. Sin embargo, conviene precisar que los párrafos tercero y quinto de esta cláusula contienen referencias contrarias al ordenamiento jurídico en tanto difieren y atribuyen a la financiación del contrato a la oferta económica seleccionada y condiciona el comienzo del computo del plazo para hacer efectivo el pago a la disponibilidad de créditos resultantes de un nuevo ejercicio presupuestario. Los artículos 11.2 e), y 70.4 de la LCAP exigen la existencia de crédito adecuado suficiente para la licitación y posterior adjudicación de un contrato, preceptos íntimamente relacionados con las correspondientes normas presupuestarias que en el ámbito de las Entidades Locales se concretan en los artículos 143 y 153 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, que imponen que los contratos se financien con cargo a los créditos contenidos en el Presupuesto de la Diputación Foral, sin que exista, por otra parte, la

posibilidad de demorar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, que han de estar determinadas por la previa aprobación del gasto y vinculada a la disponibilidad presupuestaria de una nueva anualidad, ya que ante la falta de tal dotación, en el concepto liquidez, debe adecuarse la misma mediante las modificaciones presupuestarias oportunas y, en su caso, a la operación de tesorería pertinente.

Respecto del momento en que comienza a contar los plazos de abono al contratista en caso de haberse agotado la consignación presupuestaria, hay que precisar que en el artículo 100.4 de la LCAP no se excepciona la obligación de pagar en el plazo de dos meses, transcurrido el cual el contratista tiene derecho a percibir el interés de demora incrementado en 1,5 puntos, a la existencia de liquidez para hacerla efectiva, toda vez que consignación presupuestaria ha de existir por la previa aprobación del gasto y el reflejo de la correspondiente obligación contraída, por lo que cumplida la obligación a satisfacer y reconocida esta por la Administración mediante el cumplimiento de los procedimientos establecidos en la legislación especifica aplicable para tal fin, el órgano de contratación debe abonar el precio en el plazo establecido por el citado artículo, con la advertencia de que si se trata de pagos por prestaciones realizadas con adelanto en el tiempo a las previsiones de ejecución contenidas en el contrato y en la documentación incorporada al mismo con carácter contractual, el inicio del computo de plazo para hacerla efectiva se ha de postergar al inicio del ejercicio presupuestario a cuya previsión corresponde su abono.

Finalmente, en cuanto se refiere a la posibilidad de concurrencia de las Comunidades de Bienes a la adjudicación de contratos, debe advertirse que el artículo 15 de la LCAP exige respecto de las empresas que dispongan de personalidad jurídica y capacidad de obrar. El artículo 35.2 del Código Civil reconoce la personalidad jurídica a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Las comunidades de bienes, reguladas en los artículos 392 a 406, no reciben la atribución de personalidad jurídica, manteniendo los participes su personalidad jurídica propia en el ámbito de la comunidad, por lo que ha de concluirse que las mismas no pueden concurrir como tales a la adjudicación de contratos con las Administraciones Públicas.

Informe 2/98, de 11 de noviembre de 1998. Trámite de fiscalización de la aprobación del gasto en los expedientes para la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra.

ANTECEDENTES.

1. Procedente de la Intervención General de la Administración del Estado tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

El pasado mes de octubre se recibió en esta Intervención General de la Administración del Estado, escrito de la Intervención Delegada de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Educación y Ciencia, mediante el que se consulta cuando deben fiscalizarse los expedientes para la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, ante la disparidad de criterios existente entre dicha Intervención Delegada y el Organismo en relación con la tramitación de dichos expedientes de gasto.
Así mismo se remitía diversa documentación donde constaban, entre otros, los antecedentes siguientes:

Con fecha 9 de octubre de 1997, la Intervención Delegada del Ministerio de Educación y Cultura, en sustitución de esa Intervención Delegada, emitió el correspondiente informe fiscal en relación con los siguientes expedientes de redacción de proyecto y ejecución de obra de Centros de Educación Secundaria en:
- Laguna de Duero (Valladolid), por importe de .....441.483.424 ptas.
- Zalamea de la Serena (Badajoz), por importe de .....423.991.406 ptas.
- Barrio Pesquero (Santander), por importe de .....404.664.406 ptas.
- Villaluenga de la Sagra (Toledo), por importe de .....401.244.274 ptas.
- Alcantarilla (Murcia), por importe de .....555.505.094 ptas.

En dicho informe se indica, entre otras cosas, lo siguiente:

A.... los expedientes mencionados, en el momento de realizarse la fiscalización previa, no reunían los requisitos exigidos por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de julio de 1998 en el apartado séptimo 1A):
a) Que existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos y
d) Que existe acta de replanteo previo firmada por el Jefe del Servicio correspondiente.

Por lo tanto, según la tramitación elegida, la fiscalización previa debe demorarse hasta el momento en que se disponga de dichos documentos.

Así se deduce de la interpretación conjunta del artículo 86.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y concordantes del Reglamento. En este sentido, el artículo 88 del de éste establece que hasta que no se conozca el importe y condiciones del contrato, según la oferta seleccionada, no se procederá a la contratación del crédito preciso, a la fiscalización del gasto correspondiente y a su aprobación....

Por su parte, la Secretaría General de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia, mediante escrito, de fecha 15 de octubre de

1997, realiza una serie de aclaraciones sobre las propuestas de gasto de referencia. Entre estas aclaraciones se entresacan las siguientes:

1) En las propuestas de aprobación de gasto se hace mención al apartado a) del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para justificar el sistema de concurso propuesto, aunque la justificación de este sistema podría haberse efectuado por el primer párrafo del mencionado artículo, puesto que la selección del empresario no se efectuará exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo, como se desprende de la cláusula 10.2 del Pliego de las Administrativas Particulares.

2) El artículo 86.a) identifica el proyecto con el presupuesto refiriéndose, por tanto, en el primer caso, al contrato de obras y en el segundo al resto de los contratos regulados por la Ley.

Esta misma apreciación puede inferirse del propio artículo 88 del Reglamento que estima no procedente la contracción del crédito, la fiscalización del gasto y su aprobación únicamente en los primeros supuestos del artículo 113 del mismo cuerpo legal, ... siendo notorio que ninguno de estos supuestos concurre en los cinco expedientes que se han sometido a fiscalización, por cuanto en todos ellos hay establecido un presupuesto máximo que no puede ser sobrepasado por los licitadores y los anteproyectos han sido elaborados por la Administración, por tanto, no han de ser presentados por los licitadores..

3) Los expedientes citados son contratos mixtos de obras y asistencia técnica para la elaboración del proyecto de ejecución de las mismas, cuyo objeto está constituido tanto por la ejecución de la obra como por la elaboración del proyecto, y cuyo régimen jurídico es el propio del contrato de obras por ser la prestación más importante desde el punto de vista económico. (Art. 6 de la Ley).

4) Por lo expuesto se considera que, al existir un presupuesto cierto del contrato, por el que ya se ha retenido el crédito correspondiente, procede la fiscalización previa del gasto y la aprobación del mismo, por cuanto si bien la existencia del proyecto y de acta de replanteo previo son requisitos que han de comprobarse en la fiscalización previa del gasto, no es menos cierto que nos encontramos ante un contrato mixto de obras y de asistencia técnica de redacción de proyecto que requiere una previa aprobación y fiscalización del gasto....

Con fecha 21 de noviembre de 1997 se emitió el correspondiente informe por esta Intervención General de la Administración del Estado, donde se venía a concluir lo siguiente:

Según lo dispuesto en los artículos 70.1 y 86.a) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas y en los artículos 88 y 113.1 y 2, del Reglamento General de Contratación del Estado, la tramitación de expedientes para la celebración de concursos de proyecto y obra se caracteriza, frente al procedimiento general de tramitación de los expedientes de contratación, en que se produce simultáneamente el acto de autorización y el de compromiso de gasto, puesto que no se puede definir con exactitud el objeto y contenido del contrato hasta que se conozca éste de acuerdo con la oferta seleccionada.

Por consiguiente, no se puede realizar la aprobación del gasto ni por tanto la fiscalización previa antes de la apertura del procedimiento de adjudicación.

No obstante, una vez se conozca la propuesta de adjudicación deberá remitirse a la Intervención para su fiscalización todas las actuaciones realizadas que justifiquen el acto de aprobación y adquisición del compromiso de gasto.

En la actualidad, se recibe en este Centro fiscal escrito de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Educación y Ciencia, mediante el que se formulan una serie de alegaciones a dicho informe y se acompaña un escrito de la Subdirección General de Infraestructuras de ese Organismo aclarando algunos aspectos de la documentación que han presentado los licitadores lo que junto con las nuevas argumentaciones expuestas por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Educación y Ciencia, parece que permitirían subsanar en parte los defectos de tramitación señalados en el informe de 21 de noviembre del pasado año, anteriormente citado, e incorporar las actuaciones exigidas por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas.

De manera que al cumplirse los extremos exigidos en la Resolución de 9 de julio de 1997, de la Intervención General de la Administración del Estado por la que se ordena la del Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se da aplicación a la previsión del artículo 95.3 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora, se podría fiscalizar favorablemente el gasto derivado de dichos expedientes y adjudicarse los contratos.

No obstante, dada la trascendencia que puede tener la solución de la presente consulta para la tramitación de futuros expedientes para la contratación conjunta de la elaboración de proyectos y ejecución de obras y por tratarse, en definitiva, de una cuestión derivada de la interpretación del artículo 86.a) en relación con los artículos 70.1 y 122, entre otros, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre este particular, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que desarrolla el artículo 10 de la Ley anteriormente citada.

Lo que comunico a V.I. para su conocimiento y efectos, remitiéndole las actuaciones que pudieran ser de su interés para la elaboración de dicho informe.

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos que constituyen los antecedentes de hecho de la cuestión suscitada:
a) Pliego de cláusulas administrativas particulares de la Dirección General de Carreteras del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, basado en modelo informado por el Servicio Jurídico del Departamento, con fecha 28 de julio de 1989 y aprobado por Orden ministerial de 1 de agosto de 1989, para el concurso del proyecto y construcción de obras de acondicionamiento de un tramo de la CN 611 de Palencia a Santander.
b) Modelo tipo, elaborado por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Educación y Ciencia, de pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación, por el sistema de concurso procedimiento abierto, de redacción de proyectos y ejecución de obra.
c) Informe de 19 de junio de 1996, 14 y 22 de agosto de 1997 del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Educación y Ciencia sobre el anterior modelo tipo.
d) Resolución de 10 de septiembre de 1997 de la Presidenta de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia aprobando el modelo tipo de pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir los contratos de redacción de proyectos y ejecución de obras que celebre la Gerencia.

e) Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 21 de noviembre de 1997 y escrito de la Secretaría General de la Gerencia de 13 de enero de 1998, dirigido al Interventor General de la Administración del Estado, documentos ambos que, en lo sustancial, se incorporan al escrito del Interventor General de la Administración del Estado en el que se formula la presente consulta.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Diversas cuestiones se plantean en la consulta formulada por el Interventor General de la Administración del Estado que han de ser consideradas en este informe. Por una parte el carácter de los contratos cuyo objeto es la redacción o elaboración de un proyecto y la posterior ejecución de obras y su relación con los diversos requisitos de los contratos que se han de cumplir y acreditar en el expediente de contratación. Por otra parte, la operatividad de su acreditación en la relación entre la tramitación del expediente de contratación y del expediente de gasto correspondiente. Finalmente, la posible aplicación a este tipo de expedientes del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de julio de 1997, en la referencia del apartado 71, 1 A, que se refiere a la comprobación de los documentos y trámites que se han de incorporar al expediente en la fase de aprobación del gasto en los expedientes de contratos de obras referidos a obra nueva.

2. Los contratos de elaboración de proyecto y ejecución de obra son sin duda contratos mixtos en los que en primer lugar ha de cumplirse el objeto primario tipificado en el artículo 197.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, de contrato de consultoría asistencia, sin el cual no puede cumplirse la ejecución de las obras, y, en segundo lugar, este objeto, secundario de aquel, que por su mayor importancia desde el punto de vista económico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6, califica al contrato y respecto del que se establecen las normas correspondientes en los artículos 122 y 125.

Como tal contrato es evidente que, con sus especialidades propias, han de cumplirse los requisitos de los contratos establecidos en el artículo 11. Respecto de estos se plantean en el expediente remitido cuestiones que afectan directamente a la solución a propugnar, en cuanto se refieren al objeto del contrato (subapartado c), a la existencia de crédito adecuado y suficiente (subapartado e), a la fiscalización de los actos de contenido económico (subapartado g), y a la aprobación del gasto (subapartado h), requisitos que se han de cumplir precisamente antes de la adjudicación del contrato, con la excepciones que en la Ley se establecen.

En lo que se refiere al objeto del contrato es evidente que en este tipo de contratos se produce la aplicación de una regla especial distinta de la contenida en el artículo 13, ya que cuando en este artículo el legislador establece que el objeto de los contratos, como requisito de los mismos, deberá ser determinado, en los artículos 122 y 125, al referirse a los contratos de elaboración de proyecto y ejecución de obras, fija una excepción al cumplimiento de tal requisito, toda vez que tanto en el momento de la licitación como en el de la adjudicación la acción del órgano de contratación esta relacionada con un contrato de objeto determinado respecto de la elaboración de un proyecto, pero indeterminado respecto de los aspectos relativos al contrato de obras, que se desconoce cual será ejecutada, concurriendo la pluralidad de objeto a que se refiere el artículo 29 del Reglamento General de Contratación del Estado, en la especialidad de falta de definición de una de ellas. Su cumplimiento es previo a la apertura del proceso de adjudicación del contrato y parcial en su resultado.

En cuanto se refiere a la existencia de crédito adecuado y suficiente el requisito contempla dos aspectos distintos, pero relacionados entre sí. Por un lado la existencia

de crédito adecuado, es decir, previsión de carácter presupuestario que permita contraer una obligación y, por otro, que tal previsión presupuestaria sea suficiente para afrontar las obligaciones, es decir, implica que exista una previa valoración con carácter limitativo, efectuada por el órgano de contratación, que cuantifique el importe máximo de las obligaciones que pueden ser contraídas, y que se incorpora a la fase correspondiente de tramitación del expediente de gasto unido al acto de aprobación del gasto. En este aspecto es importante destacar que la cuantía del crédito que se declara suficiente, y que da lugar a la aprobación del gasto, se identifica con el presupuesto base de licitación que tiene tal carácter limitativo respecto de las proposiciones económicas. También es un requisito que se cumplirá con carácter previo a la apertura del proceso de adjudicación. Sin embargo, en estos contratos, por su relación con lo dispuesto en el artículo 70.1, que excluye el cumplimiento del requisito de aprobación del gasto como más adelante se indica, la aprobación del gasto queda pospuesta en su cumplimiento.

La fiscalización previa de los actos de contenido económico, tiene lugar conforme a la Ley General Presupuestaria, por lo que no es un requisito que se cumple en una única fase sino que tiene lugar tanto en la fase previa de tramitación del expediente de contratación, al determinarse la fiscalización de la existencia de crédito adecuado y suficiente y de aprobación del gasto, como en la fase de adjudicación del contrato en la que se produce el compromiso de gasto que coincide con el importe de adjudicación del contrato. Así, es éste un requisito que se cumple en dos momentos distintos, antes de la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato y en la adjudicación del mismo, respecto de los trámites unidos a la adjudicación del contrato, cumpliéndose igualmente en aquellos momentos en que de la acción contratada se realicen actos de contenido económico, como son los pagos en sus diversas modalidades, pago total, abonos a cuenta, anticipos por actuaciones preparatorias o acopio de materiales y liquidación del contrato.

3. En los contratos de elaboración de proyecto y ejecución de obras los artículos 70.1, 86, apartado a), 122 y 125 establecen normas concretas sobre su regulación. El artículo 70.1, establece la excepción del momento de aprobación de gasto que para el resto de los contratos debe coincidir con la resolución de aprobación del expediente de contratación y de apertura del procedimiento de adjudicación. El artículo 86, apartado a), dispone que se adjudicarán por concurso los contratos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores. El artículo 122 dispone que la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, en su caso, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato y los supuestos excluidos del régimen general que establece. El artículo 125 se limita a señalar que en estos contratos el órgano de contratación podrá limitarse a fijar las bases técnicas en función de las cuales se realizarán los proyectos.

En función de lo establecido en el artículo 70.1 se ha de precisar que en estos contratos, que se han de adjudicar por concurso en función de lo dispuesto en el artículo 86, apartado a), la resolución aprobatoria del expediente y de apertura del procedimiento de adjudicación no comprenderá la aprobación del gasto, que tendrá necesariamente lugar en otro momento de su trámite.

De lo establecido en el artículo 122, como norma de singular aplicación a los contratos de elaboración de proyecto y ejecución de obra, deben destacarse tres aspectos. En primer lugar que el proyecto define con precisión el objeto del contrato, de manera que lo que figura en el proyecto, y solamente éste determina qué se está contratando, qué es lo que se puede ejecutar. Un segundo aspecto es la secuencia de actuaciones que se producirán en la tramitación de un proyecto de cara a su concreción e

incorporación al expediente, como son la elaboración del proyecto, su supervisión en los casos en que así se exija, la aprobación del proyecto y el posterior replanteo del mismo que dará lugar a la tramitación del expediente de contratación, incorporando el proyecto al mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129. El tercer aspecto, y este se refiere expresamente a los contratos de elaboración de proyecto y ejecución de obras, es que en estos no se requiere ni la supervisión del proyecto, ni su aprobación por el órgano de contratación, ni su posterior replanteo, por lo que tampoco se incorpora el mismo al expediente de contratación como acción previa a la tramitación del correspondiente expediente.

En consecuencia, en los contratos a que se refiere el artículo 86, apartado a), y entre ellos el contrato de elaboración de proyecto y ejecución de las obras, se han de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 11, con excepción de la aprobación del gasto, ya que, salvo este requisito en la referencia al mismo del artículo 70.1, no existe ningún precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el que se exceptúe su cumplimiento, y, por tanto, se fijará el objeto concreto del contrato, en que se excluye la definición concreta contenida en el proyecto por la exclusión expresa de su aprobación por el órgano de contratación, existirá la precisión del crédito presupuestario con cargo al cual se atenderán las obligaciones que se contraigan, se determinará la cuantía máxima del crédito que deba ser contraído y se fijará el precio del contrato que será la resultante de la obligación derivada de la adjudicación previa fiscalización de la misma.

Respecto al momento de aprobación del gasto en tales contratos, no existe en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ningún precepto que haga referencia al mismo, ya que el artículo 70.1 se limita a señalar que se exceptúa del cumplimiento de la aprobación del gasto en los contratos que tengan por objeto acciones en las que el órgano de contratación no haya podido establecer los proyectos o presupuestos y deban ser presentados por los licitadores, por lo que habrá que acudir a lo establecido en el artículo 88 del Reglamento General de Contratación del Estado, que refiriéndose al artículo 113, apartados 1 y 2, entre otros supuestos, que reproduce el artículo 35 de la Ley de Contratos del Estado, derogada, pospone la aprobación del gasto hasta que se conozca el importe y condiciones del contrato, según la oferta seleccionada, debiendo recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares tal circunstancia. Por lo que resulta de todo punto imprescindible la previsión correspondiente en el citado pliego del momento de cumplimiento del requisito de la aprobación del gasto que deberá corresponder al momento en que el órgano de contratación tenga conocimiento del importe y condiciones del contrato, que no tiene que coincidir necesariamente con otros actos derivados de la actuación del contratista, como puede ser la presentación del proyecto elaborado, ya que no existirá en la tramitación correspondiente ni la supervisión, ni la aprobación, ni el replanteo del mismo, sino que bastará para el cumplimiento de tal requisito que el órgano de contratación tenga exacto conocimiento de qué se contrata, en qué condiciones y por qué importe.

4. Respecto de la aplicación de lo dispuesto en el apartado 71, 1 A, del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de julio de 1997, carece de correlación con el supuesto que se plantea en cuanto se refiere a la verificación del informe de la Oficina de Supervisión (subapartado a) y a la existencia del acta de replanteo previo (subapartado d), ya que al establecer que para la fiscalización previa deberá acreditarse el cumplimiento tales documentos debe ser interpretado en el sentido que tales trámites deban cumplirse, careciendo de posible aplicación en estos expediente toda vez que el artículo 122 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como indicamos, excluye la supervisión, la aprobación y el replanteo del proyecto. Así, la fiscalización deberá remitirse a la comprobación de aquellos aspectos del

expediente que resulten de las características propias de estos contratos, sin que, como se indica, pueda extenderse o afectar a aspectos excluidos expresamente por el legislador, debiendo tener lugar en el momento previo a la producción de los actos de contenido económico sometidos a la misma.

5. En cuanto se refiere a la función del artículo 88 del Reglamento General de Contratación del Estado, respecto al momento en que se producirá la contracción del crédito preciso, la fiscalización y la aprobación del gasto, en relación con el artículo 113, apartados 1 y 2, supuestos que corresponden a los que motivan la aplicación del concurso y que se recogen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se ha de precisar que tal regla no es propia de la regulación de aspectos de carácter contractual sino que corresponden a la gestión del expediente de gasto, y en tal sentido corresponde su interpretación que ha de estar adecuada al mandato del legislador contenido en la misma. El artículo 11 determina los requisitos que se han de cumplir en los contratos administrativos, contemplando la posibilidad de excepciones en su aplicación. Como hemos señalado tanto el requisito de existencia de crédito adecuado y suficiente y de aprobación del gasto, y la fiscalización de los actos de contenido económico se han de cumplir con la finalidad de cumplir la función que a los mismos le está atribuida como consolidación frente a terceros de la realidad de correspondencia entre la posible obligación a contraer y de la obligación firme que se contraiga con el cumplimiento y pago de la misma cuando se reconozca a tal efecto. No existe en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo en la referencia del artículo 70.1, ningún precepto que excluya tal cumplimiento, por lo que contemplada su excepción mediante norma de tal rango, carece de virtualidad la demora de tal operatividad respecto del artículo 88 del Reglamento General de Contratación del Estado, en relación con los supuestos no establecidos en la citada Ley . La regulación de los requisitos de los contratos procede en la anterior legislación de contratos del Reglamento General de Contratación y se incorporan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por su especial relevancia en el régimen normativo, y en tal sentido se manifiesta en la Exposición de Motivos, apartado 2.4. Por tanto, cualquier interpretación derivada del Reglamento General de Contratación debe ser contrastada con sus antecedentes, supuestos regulados y posible incorporación de las reglas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, toda vez que si durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado pudieron resultar de aplicación, la modificación normativa que respectos de tales preceptos se ha verificado da lugar a que su interpretación deba realizarse en el nuevo marco jurídico en el que se integran. Así la regulación contenida en el artículo 88 del Reglamento General de Contratación del Estado respecto del momento en que se efectuará la fiscalización del gasto correspondiente debe entenderse parcialmente derogada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, ni en el artículo 11, ni en los artículos 122 y 125, al referirse a los contratos que tiene por objeto la elaboración de proyecto y ejecución de obras, determina la excepción de cumplimiento del requisito de fiscalización en los diversos momentos en que la misma debe cumplirse, debiendo limitarse tal acto de control a la comprobación de los aspectos propios del expediente, con exclusión de aquellos cuyo cumplimiento ha sido excluido expresamente por el legislador, en la forma establecida por la normas correspondientes.

En los supuestos que plantea la Secretaría General de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia, se determina el importe máximo de las obligaciones a contraer que no pueden ser rebasadas por los licitadores, es decir se fija el presupuesto base de licitación del contrato que se identifica con la determinación del importe del crédito máximo aplicable que condiciona el importe del gasto a aprobado y que por tanto debe ser fiscalizado por la Intervención General de la Administración del Estado en función de la normativa reguladora de tal trámite, sin que sea posible oponer a la misma la consideración de que en la tramitación del

expediente se produce simultáneamente el acto de autorización y de compromiso de gasto, por entender que el objeto del contrato no se puede definir con exactitud, ya que el legislador excluyó expresamente del expediente la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto, con la consecuencia inherente de indeterminación parcial del objeto del contrato en tales supuestos de elaboración y ejecución de las obras, lo que en ningún modo identifica la fase de aprobación del gasto con la de compromiso de gasto, toda vez que aquella, como se indica, se produjo necesariamente al fijar el presupuesto base de licitación y conforme a la previsión correspondiente que debe ser fijada en el pliego de cláusulas administrativas particulares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento General de Contratación del Estado, y que al fijarse el importe de adjudicación del contrato éste no puede ser modificado, cualquiera que sea el proyecto que elabore el contratista, excluido de la supervisión, de la aprobación y del replanteo.

6. Por último ha de consignarse que los criterios y conclusión del presente informe coinciden, en esencia, con los sentados por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado en su informe de 15 de julio de 1998 a petición de la Presidenta de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia.

CONCLUSIÓN.

Por lo que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los contratos de obras que tienen por objeto la elaboración de proyecto y ejecución de obras la fiscalización de la aprobación del gasto no puede requerir la incorporación al expediente del informe de la Oficina de Supervisión, ni del acta de replanteo previo, expresamente excluidas del contrato por el artículo 122 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resultando el momento de la aprobación del gasto de lo establecido al efecto en el pliego de cláusulas administrativas particulares que necesariamente deberán prever tal acción.

Informe 8/98, de 11 de junio de 1998. Conceptos generales. Concurrencia de varias personas a la adjudicación de un contrato (unión temporal de empresas). Tramitación de expedientes de modificación de un contrato de obras (art. 146.4). Efectos de la falta de constitución de la garantía definitiva.

ANTECEDENTES.

1. Por la Consejera de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige el siguiente escrito de consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

"En la tramitación de expedientes de contratación por parte de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se vienen planteando, dado el elevado número de contratos celebrados desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, algunas dudas sobre la interpretación de determinados preceptos de dicha norma que por su trascendencia y reiteración recomiendan que se recabe del máximo órgano consultivo en esta materia su opinión o interpretación al respecto, con el objeto de garantizar una mejor aplicación de la norma.

En concreto, la consulta se refiere a los siguientes supuestos:

Primero.- (art. 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

En los concursos de Asistencia Técnica cuyo objeto conjunto es la Redacción de un proyecto y la Dirección Superior y Técnica de las obras de ejecución del mismo se han seleccionado equipos de licitadores, personas físicas, cuya composición mínima era, por cuestión de capacitación, la de Arquitecto Superior y Arquitecto Técnico.

En la formalización del contrato se les ha requerido para que procedieran a su constitución en unión de empresarios, tal y como regula el art. 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, se ha cuestionado si esta figura era aplicable en los términos estrictos de ese artículo a las uniones de empresarios individuales, no personas jurídicas y, en particular, si cabría exigir la formalización en escritura pública de la referida unión.

Segundo.- (art. 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La tramitación de modificados mediante el procedimiento excepcional que regula el art. 146.4 no manifiesta dudas en cuanto al acuerdo de continuación de las obras objeto del mismo, ya que el propio artículo detalla las actuaciones necesarias para ello.

Sin embargo, el tenor del párrafo cuarto de dicho artículo es confuso al referirse a que ?en el plazo de cuatro meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de seis meses, el expediente del modificado?. En concreto la duda existe sobre si, tras la autorización inicial de continuación de las obras, el expediente debe tramitarse conforme al procedimiento ordinario, incluidos el preceptivo informe del Servicio Jurídico (art. 60.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y la formalización del contrato.

Tercero.- (art. 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Finalmente, y como cuestión principal de la presente consulta, es objeto de numerosas dudas y discrepancias el alcance que debe dar al término ?declarará resuelto? que en el art. 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se recoge para el supuesto del incumplimiento del plazo de 15 días hábiles para acreditar la constitución de la garantía definitiva.

Por un lado, cabe una interpretación literalista del término imperativo "declarará" lo que supondría que el incumplimiento del plazo de acreditación de la constitución de la garantía, aún cuando fuera mínimo (un día), supondría sin más la resolución del contrato.

Tal postura, de gran rigor, puede suponer una alteración sustancial del sistema de licitación, sobre todo en los procedimientos de subasta, al implicar la adjudicación del contrato a otro licitador distinto al mejor postor (art. 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), con el consiguiente perjuicio, en algunos supuestos muy elevado para el erario público, al incrementar el coste de la adjudicación y, por ende, del contrato.

Como interpretación alternativa a la descrita cabría realizar una aplicación conjunta de todo el texto legal, y en concreta del art. 42 junto con los artículos 112.d) y 113.2, todos de la Ley referida. En concreto, es clarificador éste último al detallar los exclusivos supuestos en que los "incumplimientos" originarán siempre la resolución del contrato. Aquí, el legislador limita los supuestos a "la falta de constitución de la garantía" (no al incumplimiento del plazo para ello) y al "incumplimiento del plazo regulado en el art. 72.2.d)", junto a otros supuestos que no vienen al caso.

De este modo se distingue entre no constitución (art. 113.2), con resolución automática, y el incumplimiento del plazo (art. 112.d y 113.2, segundo párrafo), con resolución potestativa para la Administración.

Sin embargo, tal interpretación debería matizarse en el sentido de que el incumplimiento del plazo supondría la resolución imperativa cuando el mismo suponga una voluntad manifiesta del contratista de no formalizar el contrato, y en todo caso cuando en el momento de la formalización la garantía no haya sido constituida.

Conforme a todo lo expuesto, se solicita de esa Junta Consultiva que emita un informe sobre las tres cuestiones planteadas, por considerarlas de interés para la correcta gestión de la contratación administrativa."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente se consigna en el escrito de consulta son tres las cuestiones suscitadas que, por referirse a supuestos distintos y a la interpretación de normas, también distintas, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obligan a su examen y resolución separada.

2. La primera cuestión que se suscita lo es en relación con el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y consiste en determinar si la figura de unión temporal de empresarios resulta aplicable, en concursos de asistencia técnica, a empresarios individuales, no personas jurídicas y, en particular, si cabría exigir la formalización en escritura pública de la referida unión, teniendo en cuenta que, como se consigna en el escrito de consulta, "se han seleccionado equipos de licitadores, personas físicas, cuya composición mínima era, por cuestión de capacitación, la de Arquitecto Superior y Arquitecto Técnico".

El artículo 24.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que "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". Por su parte el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, que debe considerarse vigente a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la única salvedad de sustituir las referencias a las agrupaciones por las correspondientes a las uniones de empresarios, que es la figura que regula la Ley, después de establecer, en su párrafo primero, que cada uno de los empresarios que componen la agrupación debe acreditar su capacidad de obrar, conforme establecen los artículos anteriores señala en el segundo párrafo que "para que sea eficaz la agrupación frente a la Administración bastará que en el escrito de proposición se indiquen los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban la participación de cada uno de ellos y que se designe la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de todos ellos frente a la Administración".

El examen de los preceptos legal y reglamentario transcritos produce una primera conclusión del mayor interés a los efectos del presente informe, cual es la de que la figura de la unión de empresarios puede ser utilizada voluntariamente por ellos en el momento de concurrir a la licitación, sin que sea factible que, como parece desprenderse del escrito de consulta, dos o más empresarios concurran individualmente y posteriormente a la presentación de proposiciones se constituyan en unión de empresarios, pues a ello se oponen los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Reglamento General de Contratación del Estado que estamos examinando.

Lógicamente, con arreglo a tales preceptos cada uno de los empresarios que concurren en unión debe acreditar su capacidad de obrar y, en concreto que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, como determina el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que sería impensable que para un contrato de redacción de proyectos se seleccionasen uniones de empresarios en que uno de los integrantes se dedicase, por ejemplo, a la actividad de transporte o de limpieza de edificios, ya que ello estaría en contradicción con la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada uno de los empresarios que integran la unión y que exige el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Con independencia de lo anterior, es evidente que ni la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni el Reglamento General de Contratación del Estado autorizan a restringir la figura de las uniones de empresarios a personas físicas o a personas jurídicas, ni tampoco a determinados contratos, por estar encuadrado el artículo 24 de la Ley en las disposiciones que se consideran aplicables a todos los contratos y no específicamente a un tipo contractual determinado, habiéndose razonado sobre esta doble ausencia de limitaciones en el informe de esta Junta de 2 de marzo de 1998 (expediente 56/97).

Por último en este punto debe abordarse la cuestión de la formalización de la unión de empresarios en escritura pública, cuestión sobre la que el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no suscita la más mínima duda, dado que al establecer que no será necesaria la formalización de las uniones en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor, la misma interpretación literal permite concluir que una vez efectuada la adjudicación es necesaria la formalización de las uniones de empresarios en escritura pública.

3. La segunda cuestión que se plantea en el escrito de consulta es la relativa a las dudas que suscita el artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, apartado introducido en la misma por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria y, en concreto, sobre la tramitación del

expediente relativo a la modificación y si resultan trámites preceptivos el informe del Servicio Jurídico (artículo 60.2 de la Ley) y la formalización de la modificación aunque el escrito de consulta se refiere a la formalización del contrato.
El apartado 4 del artículo 146 del la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fue introducido en el mismo por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria, con la doble finalidad de impedir la suspensión temporal total de la ejecución de obras por causa de modificaciones a introducir en las mismas y agilizar la tramitación de lo propios expedientes de modificación. Por ello el propio apartado 4 en su párrafo segundo señala las actuaciones que exigirá "exclusivamente" el expediente a tramitar al efecto y al no hacer referencia dicho párrafo y apartado al informe del Servicio Jurídico, que el artículo 60.2 de la Ley establece, con carácter preceptivo, para todos los supuestos de modificaciones, es evidente la intención del legislador de suprimir tal trámite preceptivo en la tramitación de modificaciones al amparo del artículo 146.4 de la Ley.
Solución distinta debe darse a la cuestión de si es precisa la formalización de modificaciones en los supuestos del mismo apartado 4 del artículo 146, pues esta Junta entiende que debe regir la regla general del artículo 102.2 de la Ley expresiva de que "las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 55", por la doble razón de que, por un lado, en sentido estricto, la formalización no es una actuación del expediente a tramitar, que, según se desprende del propio artículo 146.4, termina con la aprobación del expediente, a la que debe seguir, por tanto, la formalización y, por otra parte, dada la simplicidad con que se regula la formalización en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refiriéndola al documento administrativo, parece de todo punto conveniente que la modificación quede reflejada por escrito, para que ambas partes -Administración y contratista- puedan ejercitar y hacer valer sus respectivos derechos, en cuanto derivan de la modificación aprobada.

4. Finalmente y como cuestión principal de la consulta se plantea la del alcance que debe darse a la expresión "declarará resuelto" que utiliza el artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el supuesto de incumplimiento dale plazo de 15 días hábiles para acreditar la constitución de la garantía definitiva.
De las dos interpretaciones que se propugnan en el escrito de consulta, la literalista que supone que el incumplimiento del plazo de constitución de la garantía supone la resolución del contrato y la sistemática en relación con otros preceptos de la Ley que produciría el resultado de que el incumplimiento del plazo sin resolución debe distinguirse de la no constitución de la garantía, con resolución, esta Junta Consultiva se pronuncia en favor del primer extremo de la alternativa, dado que los términos en que se pronuncia el artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas son suficientemente claros y expresivos, lo que evita acudir a otros elementos interpretativos, ya que, después de declarar la obligación del adjudicatario de acreditar, en el plazo de quince días hábiles contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva establece que "de no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario la Administración declarará resuelto el contrato", precepto sobre cuya interpretación no pueden prevalecer conclusiones derivadas de los artículos 112 y 113 de la propia Ley, puesto que el requisito que debe cumplir el adjudicatario se subdivide en el doble requisito de la constitución y del plazo.
Por otra parte la otra interpretación que se propugna de distinguir entre falta de constitución e incumplimiento de plazo conducen a una total inseguridad jurídica, pues siempre resultaría necesario indagar y acreditar el elemento subjetivo de la voluntad del adjudicatario y precisar el número de días, transcurridos los 15 hábiles, que deben asimismo transcurrir para considerar incumplido el deber de constitución de la garantía y no el incumplimiento del plazo, lo cual no constituye la voluntad del legislador

expresada en los términos literales del artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. La figura de uniones de empresarios, que regulan los artículos 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, pueden acudir, al formular sus proposiciones, personas físicas, personas jurídicas o ambas a la vez, en todo tipo de contrato, designando las circunstancias exigidas por el citado precepto reglamentario y cumpliendo cada uno de ellos las condiciones de capacidad exigidas y que la formalización en escritura pública resulta necesaria, una vez efectuada la adjudicación del contrato.

2. En las modificaciones de contratos al amparo del artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico previsto en el artículo 60.2, pero sí la formalización del modificación, de conformidad con el artículo 102.2, en relación con el 55 de la propia Ley.

3. La única interpretación posible del artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la de que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía definitiva en el plazo de 15 días hábiles por causas imputables al adjudicatario, determina la resolución del contrato, sin que sea factible distinguir entre falta de constitución e incumplimiento de plazo.

Informe 18/98, de 11 de junio de 1998. Conceptos generales. "Posibilidad de licitar a la baja el presupuesto de seguridad y salud previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre".

ANTECEDENTES.

Por el Director del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El art. 5 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre (B.O.E. de 25 de octubre), sobre Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción, regula la figura del denominado Estudio de Seguridad y Salud, de obligada elaboración en la redacción de los proyectos de obras para los supuestos que regula el art. 4.1 del mismo Real Decreto.

El apartado 4 del citado art. 5 establece que el presupuesto del Estudio de Seguridad y Salud deberá ir incorporado al presupuesto general de la obra como un capítulo más del mismo y con la salvedad de que cualquier modificación que a este estudio de seguridad y salud pudiera introducirse a través del Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo elaborado por el contratista conforme al art. 7 de la norma, no puede traducirse en disminución del importe total del presupuesto para su aplicación y ejecución.

Cuando la Administración Pública oferta, mediante los oportunos concursos o subastas la contratación de obras, los interesados al presentar a la baja sus correspondientes ofertas económicas, podrán introducir, entre otras minoraciones de costes, algunas correspondientes al estudio de seguridad y salud, en aquellos supuestos de obras que por su coste o condiciones se vieran incluidos dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, citado.

Dado que conforme a los arts. 122 y 124 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la adjudicación del contrato de obras requerirá la elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del proyecto de obra, en el que se incluiría el estudio, y en su caso, plan de seguridad y salud en el trabajo, así como el presupuesto de costes, y con apoyo en los arts. 50 y 80 de la misma Ley 13/1995, parece adecuado, y es cuestión que se traslada a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa a efectos de informe, el incluir dentro del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares anejos a los contratos de obra, cláusula o indicación que expresamente prohíba la minoración de ofertas económicas que afecten al coste o presupuesto del estudio de seguridad y salud, en aquellos supuestos en que, por imperativo legal, éste sea de obligada elaboración, incluso bajo sanción por la que se rechace de plano cualquier oferta que pudiera contener la citada minoración de coste."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión concreta que se plantea en la consulta -la posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, para los contratos de obras, cláusula o indicación que expresamente prohíba la minoración de ofertas económicas que afecten al coste o presupuesto del estudio de seguridad y salud, en los casos en que sea de obligada elaboración, incluso con la sanción de rechazo de plano de cualquier oferta que pudiera contener la citada minoración del coste- ha sido abordada por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 25 de enero de 1985 (expediente 45/84), si bien en relación con la legislación entonces en vigor,

constituida, desde el punto de vista laboral, por el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, por el que se estableció la obligatoriedad de la inclusión de un estudio de Seguridad e Higiene en los proyectos de edificación y obras públicas y, desde el punto de vista de la contratación administrativa por el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y por el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por lo que la cuestión que ahora se suscita debe quedar reconducida a si se mantienen o rectifican los criterios de esta Junta sobre la base de la nueva normativa laboral -Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras- y de la también nueva legislación de contratos de las Administraciones Públicas, constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

2. En el proyecto de Real Decreto que luego se convirtió en el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero se incluía un artículo 31 en el que expresamente se hacía constar que a las mediciones, calidades y valoraciones recogidas en el presupuesto del estudio de Seguridad e Higiene no podrán ser objeto de licitación a la baja, sin perjuicio de que, sin reducir el importe total, puedan ser modificados o sustituidos por alternativas propuestas por el contratista adjudicatario en el plan de Seguridad e Higiene a que se refiere el artículo 41.

En su citado informe de 25 de enero de 1985 y, en relación con este extremo, esta Junta, después de transcribir el precepto reseñado, afirmaba lo siguiente:

"Con este precepto, también el proyecto de Real Decreto entra en contradicción con la Ley de Contratos del Estado, por sustituir un principio general de la misma, no explicitado, pero extraible de diversos preceptos y consagrado expresamente en su Reglamento, que no constituye más que desarrollo o particularización de tal principio, el que las posturas de los licitadores en la contratación administrativa se han de producir a la baja en relación con el precio fijado por la Administración, sin que, en consecuencia, pueda ser modificado el sistema con una prohibición de tales posturas a la baja, sino en virtud de norma con rango suficiente, es decir, con rango de Ley formal.

Por lo que respecta a la propia Ley de Contratos del Estado el sistema de posturas a la baja está latente a lo largo de su articulado, pudiendo citarse, sin pretensión agotadora de la materia, sus artículos 31 y 34, que establecen la adjudicación al mejor postor, sólo comprensible dentro de un sistema de posturas a la baja, el artículo 32, que regula precisamente las bajas desproporcionadas o temerarias, el artículo 36, que contiene una alusión a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma y el apartado 8 del artículo 37 que se refiere al precio no superior al que haya sido objeto de licitación.

No obstante, como se ha indicado, la consagración expresa del sistema se contiene en el artículo 93 del Reglamento General de Contratos del Estado que, respecto a la subasta, establece que versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al oferente, que, sin exceder de aquél, haga la proposición económicamente más ventajosa y, respecto a la segunda fase del concurso-subasta, determina, igualmente, que se hará la adjudicación a la que, entre las admitidas, haga la proposición económica más ventajosa, sin exceder del tipo de la licitación.

Como conclusión de este apartado debe sostenerse que el proyecto del Real Decreto, al excluir la licitación a la baja en el presupuesto del estudio de seguridad e higiene en el trabajo, está en contradicción con un principio general de la Ley de Contratos del Estado, explicitado en su Reglamento y, en consecuencia, por el citado anteriormente principio de jerarquía normativa, carece de rango adecuado para establecer tal prevención."

El Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, en su artículo 3.1. hace desaparecer la expresión Ano podrán ser objeto de licitación a la baja conservando, por el contrario la norma de que las mediciones, calidades y valoración recogidas en el presupuesto de estudio de Seguridad e Higiene, podrán ser modificadas o sustituidas por alternativas propuestas por el contratista adjudicatario en el plan de Seguridad e Higiene a que se refiere el artículo 41 siempre que ello no suponga variación del importe total.

La única conclusión válida que puede derivarse de lo hasta aquí expuesto es la de que, conforme al criterio expresado por esta Junta en su informe de 25 de enero de 1985, la legislación anterior, tanto la sustantiva laboral como la relativa a la contratación administrativa, no permitía impedir licitaciones a la baja y, por tanto cláusulas como las que se propugnan en el escrito de consulta, siendo extraordinariamente significativo, como elemento interpretativo, la tramitación del proyecto del que después fuera Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero.

3. La conclusión sentada en el apartado precedente, respecto a la legislación anterior, debe ser mantenida en relación con la legislación vigente, constituida por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, que, derogando expresamente el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, se limita a establecer en el apartado 4 del artículo 5 referente al ahora denominado estudio de seguridad y salud norma sustancialmente idéntica a la que consagraba el artículo 3.1. del Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero y por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Reglamento General de Contratación del Estado, ya que la primera no altera, en este extremo, los criterios, principios y preceptos concretos de la Ley de Contratos del Estado y el segundo debe considerarse vigente en cuanto no se oponga a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según resulta de la disposición derogatoria única de la misma. Como dato significativo debe señalarse, además, que el artículo 93 del Reglamento General de Contratación del Estado, fue incorporado a la Ley de Contratos del Estado, en la reforma de 1986 y actualmente figura en el artículo 75.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresivo de que la subasta versará sobre un tipo expresado en dinero con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo.

4. Lo hasta aquí expuesto, en relación con la cuestión que expresamente se consulta tiene que ser objeto de alguna matización derivada de la finalidad perseguida por el artículo 5.4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, y de su precedente el artículo 3.1 del Decreto 555/1986, de 21 de febrero, dado que lo que tales normas pretenden es que no se disminuyan las medidas de seguridad y salud (antes de seguridad e higiene) contenidas en el respectivo plan y esta formalidad debe ser tenida en cuenta en el momento de la adjudicación del contrato de obras no realizándola a favor de aquélla propuesta que disminuya aquélla medidas, sin necesidad de declaración alguna de los pliegos sino por simple aplicación de la norma hoy vigente contenida en el artículo 5.4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, pero esta matización que se realiza no puede desvirtuar la tesis que viene sustentándose en el presente informe de que los licitadores, al amparo de las facultades que resultan de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas puedan ofertar y realizar las correspondientes obras por precio inferior al presupuesto de licitación por constituir ello un principio esencial de la contratación administrativa.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que constituye principio esencial de la contratación administrativa el que los contratistas puedan ofertar y ejecutar las prestaciones objeto del contrato, en este caso, del contrato de obras por precios inferiores a los que figuran en el presupuesto de licitación.

2. Que la conclusión anterior no supone que puedan ser disminuidas las medidas contenidas en el plan de seguridad y salud a que se refiere el artículo 5.4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

3. Que, por tanto, no resulta necesario incluir prevenciones especiales en el pliego de cláusulas administrativas particulares por derivar las conclusiones anteriores de la normativa vigente y que, si no obstante, se considera conveniente hacer menciones específicas sobre este extremo en los pliegos, tales menciones deben limitarse a reproducir las normas en vigor, sin extenderse a extremos como hablar de sanciones o exclusiones de plano que pueden interferir el juego normal de las normas sobre adjudicación de contratos.

Informe 19/98, de 30 de junio de 1998. Ejecución de las obras y abonos al contratista. "Previsión en los pliegos de los abonos por anticipos a cuenta en favor del contratista".

ANTECEDENTES.

Por el Director General del Consorcio de Obras y Servicios de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (COSOAMI), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la siguiente consulta:

"El Director General del Consorcio de Obras y Servicios de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (COSOAMI), entidad publica integrada por el Ministerio de Industria y Energía, la Generalitat Valenciana, la Diputación Provincial de Alicante y el Ayuntamiento de Alicante, plantea ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al amparo de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, consulta fundada en los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Una vez adjudicado el concurso para la redacción del Proyecto y desarrollo de las obras de construcción de la sede definitiva de la Oficina de Armonización del Mercado Interior en Alicante, el 10 de octubre de 1997 se firmó el contrato de obras con la adjudicataria de dicho concurso.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del citado concurso, y que por tanto rige el contrato de la obra, no hace mención alguna sobre los abonos a cuenta al contratista por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra.

TERCERO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que, además de regirse el contrato por este pliego y por el de Prescripciones Técnicas, "el contrato se regirá por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de dicha Ley, así como por el Reglamento General de Contratación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, en lo que no se oponga a la referida Ley y Real Decreto, y supletoriamente por el Derecho Civil".

CUARTO.- Con fecha 12 de marzo de 1998, la adjudicataria ha pedido un anticipo a cuenta de maquinaria e instalaciones adscritos a la obra objeto del contrato, en virtud de lo dispuesto en los arts. 100 y 145 de la Ley 13/1995, el art. 143 del Reglamento General de Contratación y la Cláusula 55 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado.

A la vista de los hechos referidos anteriormente se plantea, a fin de que la actuación de la Administración contratante sea absolutamente adecuada a lo establecido en la Ley 13/1995, consulta con el siguiente tenor literal:

Si en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato de obras no se contempla el abono de anticipos a cuenta, tiene el contratista, a la luz de lo establecido en los arts. 100 y 145 de la Ley 13/1995, derecho a percibir abonos a cuenta sobre su importe por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra?.

En el caso de que el contratista tuviese derecho a percibir tales anticipos ¿en qué condiciones y con qué límites podrá percibir el contratista los abonos a

cuenta por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se plantea en el presente informe, como expresamente se concreta en el escrito de consulta, es la de determinar si el contratista tiene derecho a percibir abonos a cuenta por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, aunque el pliego de cláusulas administrativas particulares, que rige el contrato de obras adjudicado, no contenga prevención alguna sobre estos abonos, cuestión cuya resolución ha de partir de la interpretación del artículo 145.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, único precepto que, con rango legal, se refiere a los citados abonos a cuenta en el contrato de obras, reproduciendo en este extremo lo que, con carácter general para todos los contratos, indica el artículo 100.3 de la propia Ley.

2. El artículo 145.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que el contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por los conceptos reseñados indica que ello será ?en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos y con los límites que se establezcan reglamentariamente?.

La interpretación de este precepto conduce a la conclusión de que el legislador ha querido limitar este derecho a la circunstancia de que figuren las condiciones para su abono en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues aunque emplea la expresión imperfecta de ?respectivos pliegos? tal referencia debe entenderse realizada a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o, a lo sumo a estos pliegos, además de a los pliegos de cláusulas administrativas generales, dado que si hubiera querido referirse exclusivamente a estos últimos, tratándose de contratos de obras en las que existe un único pliego de cláusulas administrativas generales -el aprobado por Real Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre- la referencia correcta tuvo que realizarse a este último o, en general, a los pliegos de cláusulas administrativas generales pero nunca a los respectivos pliegos. Por otra parte, debe significarse que esta interpretación del artículo 145.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se refiere al supuesto de hecho contemplado en el mismo, es decir, a los abonos por operaciones preparatorias, sin que quepa alegar que el artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que expresamente se cita en el escrito de consulta, pueda servir de fundamento a estos abonos, pues el apartado 4 del artículo 100 referente a abonos a cuenta del precio del contrato por la obra ejecutada no condiciona estos abonos a la circunstancia de que estén previstos en los pliegos, por la sencilla razón de que estos últimos abonos corresponde percibirlos a todo contratista, mientras que los abonos por operaciones preparatorias corresponden exclusivamente a los contratistas a quienes expresamente se conceda y con los límites reglamentariamente establecidos por lo cual el artículo 145.2 exige la previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de las condiciones de estos abonos a cuenta.

3. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que el artículo 143 del Reglamento General de Contratación del Estado y las cláusulas 54 y 55 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, prevean las condiciones y límites de los abonos a cuenta por materiales acopiados, instalaciones y equipos, pues el artículo 143 del Reglamento contiene la misma prevención que el artículo 145.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que las condiciones de estos abonos han de ser señaladas en los pliegos de cláusulas y merece, por tanto, idéntica interpretación y porque, dada la naturaleza de las cláusulas generales de los contratos, carentes del significado de normas jurídicas, el contenido de las cláusulas 54 y 55 del Pliego de 31 de diciembre de 1970 no puede considerarse, en este extremo, automáticamente incorporado a las cláusulas de los pliegos particulares, que son las que definen los derechos y obligaciones de las partes

según el artículo 50 de la Ley, aunque, como es obvio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden tener una remisión a las citadas cláusulas 54 y 55 o incorporar su contenido concreto.

Por otra parte, la cláusula 54 del pliego de cláusulas administrativas generales señala que se podrán abonar al contratista hasta el 75 por 100 del valor de los materiales acopiados, refiriendo la competencia del Director de la obra para fijar el porcentaje salvo que se estableciera el mismo en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Respecto de los abonos a cuenta por instalaciones y equipo, la cláusula 55 fija los límites a los que podrá llegar a autorizar el Director, que varían en función del tipo de instalaciones y equipos. Tal previsión está referida a la función de los pliegos de cláusulas administrativas generales, que lejos de establecer las condiciones concretas de adjudicación, ejecución y cumplimiento de un contrato se refiere a aquellos aspectos contractuales que afectan a una pluralidad de contratos de obras, evitando la repetición sistemática de los aspectos que contempla en cada contrato a adjudicar. En tal sentido, los pliegos de cláusulas administrativas particulares cumplen la función de regular expresamente respecto de cada contrato sus aspectos singulares, que serán el resultado de su propio objeto, por lo que es evidente que será el pliego de cláusulas administrativas particulares, como expresión de los pactos y condiciones a que lleguen la Administración y el contratista, el que determinará los límites concretos de los abonos a cuenta, sin que pueda superar los establecidos en las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas administrativas particulares sin que se haya cumplido lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tal criterio se corrobora por lo dispuesto en el citado artículo 50 de la misma Ley, cuando establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato y en el supuesto que se plantea, es evidente que corresponde al órgano de contratación definir la procedencia de los abonos a cuenta y los límites y condiciones que se fijan para hacerse efectivos.

4. Tampoco puede aducirse en contra de la conclusión sentada argumentos derivados del artículo 1 del Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, ni el informe de esta Junta de 11 de marzo de 1971 (expediente 8/1971).

En cuanto al artículo 1 del Decreto 3854/1970 declara aplicable el pliego que aprueba a "los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras del Estado y de los Organismos autónomos regulados por la Ley de 26 de diciembre de 1958", por lo que, incluso, podría cuestionarse la aplicación de dicho Pliego a una entidad como el Consorcio de Obras y Servicios de la Oficina de Armonización Interior (COSOAMI) entidad pública integrada por el Ministerio de Industria y Energía, la Generalidad Valenciana y la Diputación Provincial y Ayuntamiento de Alicante, aunque hay que reconocer, la aplicabilidad del pliego de cláusulas administrativas generales, por reconocerlo el propio pliego de cláusulas particulares. Ello, sin embargo, dejaría subsistente la cuestión, que merece una solución general, para todos aquellos supuestos en que no resulte de aplicación el tan citado pliego de cláusulas administrativas generales.

Por lo que respecta al informe de esta Junta de 11 de marzo de 1971, hay que tener en cuenta que el mismo se emite con anterioridad a la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que tiene un valor interpretativo muy limitado respecto al texto del artículo 145.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con cuya promulgación la norma procedente del artículo 143 del Reglamento de 28 de diciembre de 1967 y el artículo del mismo número del Reglamento de 25 de noviembre de 1975, figura por primera vez en un texto legal y no reglamentario. Con independencia de lo anterior el informe de referencia señala que "*teniendo en cuenta, por último, el carácter discrecional que reviste la expedición de este tipo de certificaciones, según el artículo 143 del Reglamento General , el órgano de*

contratación deberá ponderar con sentido restrictivo las circunstancias de toda índole que aconsejen el conceder a la empresa el expresado beneficio" criterio que, aplicado al caso presente, permite afirmar que el no figurar los requisitos de estos abonos en el pliego de cláusulas administrativas particulares constituye una circunstancia contraria a la concesión de tales abonos, aunque se prescinda de las consideraciones anteriormente realizadas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las condiciones de los abonos a cuenta por operaciones preparatorias a que se refieren el artículo 145.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 143 del Reglamento General de Contratación del Estado tienen que estar previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, aunque esta prevención pueda consistir en una remisión a las condiciones y requisitos de las cláusulas 54 y 55 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, lo que no excluye que, cumpliendo el trámite del artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el pliego particular se puedan establecer distintos requisitos y condiciones para estos abonos a cuenta, eximiendo esta conclusión de realizar consideraciones sobre la segunda pregunta que se formula en el escrito de consulta.

Informe 24/98, de 30 de junio de 1998. Fianzas y garantías. "Posibilidad de proceder a la incautación de la garantía provisional constituida en los supuestos de presunción de temeridad por considerar que existe retirada injustificada de ofertas".

ANTECEDENTES.

Por el Director del Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"La Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la realización de las obras necesarias para la adecuada gestión y conservación de su propio patrimonio, una vez elaborados por sus servicios técnicos los respectivos proyectos, procede a la convocatoria de las correspondientes subastas con el objeto de poder seleccionar las empresas que llevarán a cabo la ejecución de las citadas obras.*
>
> *Con frecuencia, una vez examinadas las ofertas económicas de los licitadores y realizada por la Mesa la propuesta de adjudicación a la oferta más económica y estando la misma, incursa en presunción de temeridad, de acuerdo con el art. 109 del Decreto 3410/1997, se procede, de acuerdo con el art. 84.3 de la Ley 13/1995, a solicitar información sobre su oferta al licitador o licitadores incursos en presunción de temeridad. Sin embargo en ciertas ocasiones determinadas empresas, o bien no formulan contestación alguna, o bien se excusan haciendo referencia a la existencia de errores involuntarios en sus ofertas (errores aritméticos, falta de previsión del I.V.A., etc...), o bien alegan la imposibilidad de asumir el coste de una fianza definitiva por el importe total del contrato adjudicado.*
>
> *En estas situaciones los servicios técnicos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria carecen lógicamente de la información necesaria para valorar si la oferta incurre realmente en baja temeraria o por el contrario puede ser realizada de forma satisfactoria, con lo que finalmente se desechan estas ofertas, procediéndose a la adjudicación del contrato a otro licitador.*
>
> *La relativa frecuencia con que se producen este tipo de situaciones da lugar a que se nos planteen dudas razonables sobre la seriedad de estas ofertas, lo que unido al perjuicio que se causa a la Administración, que se traduce en una perturbación y consiguiente retraso en la tramitación del procedimiento de adjudicación, nos lleva a solicitar informe sobre qué actuaciones se pueden adoptar ante este tipo de situaciones y, en especial, si procedería la incautación de la fianza provisional constituida por la empresa."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita informe de esta Junta viene formulado por el Director del Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica de la Agencia Estatal Tributaria.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 25 de octubre de 1993, de 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997, y de 11 de junio de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición, entre otros, de los Presidentes y Directores Generales de Entes públicos, expresión que, por comparación con las demás personas u órganos que cita el mismo artículo en relación con la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, no puede ser entendida referida al Director del Departamento de Recursos Humanos y Organización Económica de la Agencia, sino a los más altos cargos representativos del Ente público, por lo que al formularse en el presente caso por el Director del Departamento, debe

considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 citado.

2. No obstante lo anterior, y por el interés que pueda suscitar para casos similares, esta Junta considera conveniente realizar algunas precisiones en relación con el extremo consultado en los términos generales con que se plantea en el escrito de consulta.

La incautación de las garantías provisionales, en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procede, aparte del supuesto específicamente previsto en el artículo 55.3 para el caso de resolución por falta de formalización por causas imputables al contratista, en todos los casos de retirada injustificada de ofertas, pues la garantía provisional responde de la seriedad de las ofertas, como ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 15 de abril de 1993 (expediente 2/93) y de 16 de febrero de 1994 (expediente 31/93), cuya fotocopia se acompaña.

En el supuesto de bajas temerarias o incursas en presunción de temeridad es evidente que la falta, por causas imputables al licitador, de contestación a la solicitud de información sobre la oferta que efectúa el órgano de contratación, prevista en el artículo 84.3 de la Ley, equivale a una retirada injustificada de la oferta, dado que la proposición no debe estimarse completa ni permite la adjudicación del contrato, sin la práctica de esta información, debiendo mantenerse igual conclusión respecto a la imposibilidad de asumir el coste de la garantía definitiva del 100 por 100, pues, cualquiera que sea la consideración de lege ferenda que merezca esta última, lo cierto es que está recogida en una norma legal, cuya alegación no debe servir para eludir la posible adjudicación del contrato. En cuanto a los errores materiales debe sostenerse igual conclusión siempre que, conforme a los criterios de los informes citados de esta Junta, no se acredite el carácter de tales errores y que los mismos no son imputables al licitador que formula la proposición.

Informe 29/98, de 11 de noviembre de 1998. "Diversas cuestiones relativas a los criterios de adjudicación de concursos en los contratos de obras".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Fornelos de Montes (Pontevedra) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

Esta Alcaldía solicita que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa emita informe en relación con la legalidad y oportunidad de utilizar para la adjudicación de obras el procedimiento de concurso abierto estableciendo en los pliegos de condiciones los criterios de selección del siguiente tenor literal:

Criterios de selección:

1. Mejoras en el precio, hasta 4 puntos.

2. Obras de naturaleza análoga, con especial valoración de las realizadas a satisfacción en el ámbito municipal, y relación de equipos, maquinaria y medios auxiliares, hasta 1,5 puntos.

3. Reducción de los plazos de ejecución de las obras, hasta 0,5 puntos.

4. Mejoras en el Proyecto, hasta 4 puntos.

En concreto, además de agradecer cualquier comentario que consideren oportuno, se desea aclarar:

1. Si sería posible no incluir entre los criterios de selección el criterio 1, es decir, no adjudicar ninguna puntuación al concepto de mejoras en el precio.

2. Si es ilegal, por carecer de objetividad el criterio 2, al referirse a circunstancias subjetivas de los contratistas y no a la obra concreta de que se trate y si debe especificarse que e entiende por "obras realizadas a satisfacción".

3. Si se puede valorar la reducción de plazos de ejecución en todos los casos o solo en aquellos en que por informes técnicos resulte ventajosa para la administración.

4. Si se puede dejar a criterio de la Mesa de Contratación la valoración de las mejoras ofertadas o si, al tratarse de contratación de obras y no de servicios o de concurso para redacción de proyectos, debe exigirse que la oferta concrete las unidades de obra o la cantidad en pesetas que se certificarán a mayores.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones concretas suscitadas en el escrito del Ayuntamiento de Fornelos de Montes deben realizarse algunas consideraciones previas que sirvan para mejor comprender las respuestas que se dan a continuación.

La primera consiste en afirmar que, dados los términos generales en que se formulan las preguntas, sin referencia a expedientes concretos, con la sola indicación de que se trata de expedientes de "adjudicación de obras", es muy difícil responder con detalle a

las cuestiones suscitadas, pues la respuesta tiene que venir condicionada por las circunstancias concurrentes en cada expediente, siendo difícil admitir que serán las mismas en todos los expedientes relativos a la adjudicación de contratos de obras por el Ayuntamiento.

La segunda consideración que hay que hacer es la de que aunque se consulte sobre la "legalidad y oportunidad" esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa únicamente tiene competencia para pronunciarse sobre estrictas cuestiones de legalidad como sucede, en general, con los órganos consultivos de carácter jurídico, dado que la excepción que supone el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado en cuanto establece que "valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante", no puede extenderse a otros órganos consultivos, como es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por no existir precepto similar entre los que regulan su función de asesoramiento.

2. En cuanto a las preguntas concretas que se formulan en el escrito de consulta procede exponer el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

a) En cuanto al criterio del precio en concursos procede reproducir los argumentos del informe de esta Junta de 24 de octubre de 1995 (Expediente 28/95) en el que, en relación con la cuestión suscitada de si el precio debe figurar necesariamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como uno de los criterios de adjudicación en los concursos se manifestaba lo siguiente:

"El artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a los criterios que han de servir de base para la adjudicación de los concursos establece únicamente tres requisitos que deben cumplirse, consistiendo éstos en que los criterios sean objetivos, que figuren en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y que se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya. El propio artículo 87 señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión "tales como" y haciendo alusión a "otros semejantes" lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva -pueden existir otros criterios objetivos- ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso, por lo que la primera conclusión que debe mantenerse es la de que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos relativos a bienes y servicios informáticos.

La anterior conclusión debe, sin embargo, ser matizada, puesto que no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso, aunque no sea como criterio único y exclusivo, como sucede en la subasta. Por ello se entiende que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 87 en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio".

Los anteriores criterios, referidos a contratos de bienes y servicios informáticos, son perfectamente aplicables a los contratos de obras, debiendo significarse, no obstante, que, aún desconociendo las características de cada uno de los contratos de obras, es

difícil imaginar que este tipo de contratos carezca de interés el factor precio hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso.

b) Se pregunta en segundo lugar si es ilegal por carecer de objetividad, el criterio de tomar en consideración obras de naturaleza análoga, con especial valoración de las realizadas en el ámbito municipal y si debe especificarse qué se entiende por "obras realizadas a satisfacción".

En este extremo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha de remitirse a lo expuesto en su reciente informe de 30 de junio de 1998 (Expediente 13/98) en el sentido de que la experiencia -obras de naturaleza análoga en el presente caso- es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ratificando el criterio anterior en el presente caso la aptitud de los licitadores puede valorarse -no en la fase de adjudicación del concurso- como un requisito de aptitud siendo contrario a los mas elementales principios de no discriminación y libre concurrencia el eliminar a contratistas que no acrediten experiencia en el ámbito municipal. Por otra parte el concepto de "obras realizadas a satisfacción" viene concretado en el artículo 17.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al indicar que la solvencia técnica en los contratos de obras podrá acreditarse, entre otros medios, por "relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, acompañada de certificados de buena ejecución para los más importantes", certificados que lógicamente han de ser expedidos por los dueños de las obras ejecutadas por cuyo encargo se han realizado.

c) La contestación a la tercera pregunta, aún desconociendo las características de cada contrato de obras, ha de realizarse partiendo de la idea de que son los pliegos de cláusulas administrativas particulares los que deben mencionar la posibilidad de valorar la reducción de los plazos de ejecución de la obra y que tal posibilidad no debe incluirse cuando la reducción del plazo de ejecución sea indiferente a los intereses de la Administración y, en definitiva, al interés público por su actuar representado.

d) No se entiende claramente el significado de la cuarta pregunta formulada en cuanto a las facultades de la Mesa de contratación y la contraposición entre contratos de obras, por un lado, y servicios o concursos de redacción de proyectos, por otro.

En todo caso hay que señalar que el precio es un elemento esencial del contrato (artículo 11.2.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y que en el pliego de cláusulas administrativas particulares deben figurar tanto los criterios objetivos de adjudicación del concurso por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya (artículo 87) como los requisitos y modalidades de las variantes -mejoras en la terminología del escrito de consulta- debiendo la Mesa de contratación simplemente ajustarse a las prescripciones del pliego en cuanto a la valoración de las distintas ofertas presentadas.

No obstante, si respecto de la expresión mejoras en el precio se tratar de interpretar si es posible que el contratista realice mayor volumen de obra de la prevista en el proyecto y en el contrato por el precio de licitación ofrecido, debe advertirse que los contratos de obras de refieren a la ejecución de un proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato (artículo 122 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), previamente supervisado, en su caso, aprobado por el órgano de contratación y replanteado por el servicio competente, y en el mismo se definen los

planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, el pliego de prescripciones técnicas particulares donde se hará descripción de las obras y se regulará su ejecución (artículo 124 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), por lo que solamente la obra contenida en el proyecto es la que se licita y la que puede ejecutarse sin que sea posible referir las ofertas a mayor volumen de obras comprendidas en las denominadas mejoras de precio de forma que se dé lugar a ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado, todo ello sin perjuicio de que el mayor volumen de obra consistiera en la repetición de obras similares a otras que corresponda ejecutar conforme a un proyecto base, siempre que estas últimas hubieran sido adjudicadas por subasta o concurso, podrán ser objeto de un contrato distinto que se adjudicará por procedimiento negociado al mismo contratista conforme a lo dispuesto en el artículo 141, apartado e).

Informe 30/98, de 11 de noviembre de 1998. "Incautación de garantías provisionales en caso consideración como tal de la falta de retirada injustificada de ofertas y justificación requerida en los supuestos de baja temeraria".

ANTECEDENTES.

1. Por el Presidente de la Entidad Autoridad Portuaria de Santander se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Con fecha 4 de febrero de 1998 fue aprobado económicamente el proyecto de referencia, por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander, por un importe de 566.055.782, ptas. más 90.568.925.- pts. en concepto de IVA y el sistema de subasta abierta.

Abiertas las ofertas ante la Mesa de Contratación, el primer y el segundo mejor postor quedaron incursos en temeridad, renunciando ulteriormente a la ejecución de las obras, por lo cual, el contrato ha sido adjudicado al tercer mejor postor. Es la primera vez que se plantea este supuesto ante la Autoridad Portuaria de Santander. Esta Entidad mantiene retenidas las fianzas de los licitadores porque entiende que han incumplido con las obligaciones que se derivan de participar en una licitación pública, al retirar su oferta.

No obstante lo anterior, la redacción de alguno de los preceptos de la Ley de Contratos plantea dudas acerca de la posición en que quedan los licitadores de una subasta una vez abiertas las ofertas.

Por lo tanto ruego que, a la vista de la documentación del expediente cuya copia se adjunta y del informe emitido por el Secretario de la Autoridad Portuaria, se nos informe acerca de las cuestiones planteadas en el mismo, con el fin de que esta Presidencia pueda adoptar la resolución que sea más acorde con la normativa vigente.»

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo copia de la documentación que integra el expediente y copia del informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander en el que propone la formulación de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, estructurándose el escrito de la Secretaría en los siguientes apartados:

A) Preliminar. Aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la Autoridad Portuaria de Santander.

En este apartado se razona sobre la aplicabilidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuestiones relativas al funcionamiento de la Mesa de contratación y actuaciones en subastas, concursos... etc. por la gran similitud de las normas específicas de contratación con las de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las continuas referencias en los pliegos y en los contratos a dicha Ley, estando prevista expresamente su aplicación en defecto de las normas de contratación de la Entidad, aprobadas por Puertos del Estado el 3 de mayo de 1993.

B) Antecedentes administrativos de la consulta.

En este apartado se hace constar la situación de los licitadores en el procedimiento de adjudicación por subasta del proyecto de "urbanización de la zona portuaria de Raos destinada al tráfico de automóviles" por un presupuesto de ejecución de 566.055.782 pesetas más IVA que era la siguiente:

Mejor postor: UTE Agroman Empresa Constructora, S.A. y Transportes y Excavación Cuevas.

Segundo mejor postor: Arruti, S.A.

Tercer mejor postor: Construcciones Paraño, S.A. (Copasa).

Al estar incluidas las dos primeras ofertas en presunción de baja temeraria, por exceder su baja en más de diez puntos a la media de las bajas del resto de las licitadoras, la Mesa adjudicó el contrato provisionalmente a la UTE Agromán-Cuevas y acordó requerir a las dos primeras oferentes la oportuna justificación de sus ofertas.

Arruti, S.A. señaló que dado el riesgo añadido que implicaba el afianzamiento del 100 por 100 del importe del contrato renunciaba a presentar la justificación para la posible adjudicación.

La UTE Agromán Cuevas señala la imposibilidad de justificar la viabilidad de la obra en el presupuesto ofertado, debido a una error de cálculo en el coste de las mezclas bituminosas.

Tras diversas incidencias en orden a las solicitudes de justificación de las ofertas, la Autoridad Portuaria de Santander, en 26 de marzo de 1998, adjudicó el contrato al tercer mejor postor, no incurso en temeridad, Construcciones Paraño, S.A. instruyéndose expediente para la devolución o incautación de las garantías provisionales a la UTE Agromán-Cuevas y a Arruti, S.A., que formularon alegaciones oponiéndose a la incautación de la garantía y solicitando su devolución.

C) Consideraciones acerca de los hechos anteriores.

En este apartado del informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander se analiza la situación procedimental de la UTE Agromán Cuevas y de Arruti, S.A., señalando que la primera se encuentra vinculada por su oferta y que la no selección por falta de justificación debe llevar a la incautación de la fianza llegando a idéntica conclusión, respecto a la segunda, por no resultar aplicable el artículo 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Después de apuntar las dificultades que puede suponer la obligación de afianzar el 100 por 100 y la circunstancia de que la situación de temeridad no es imputable en su totalidad al licitador, sino que también depende de las ofertas del resto de las empresas concurrentes, centra las cuestiones que deben someterse a esta Junta en las siguientes:

Primera: Si la renuncia del mejor postor incurso en temeridad, UTE AGROMAN-CUEVAS, lleva aparejada, como consecuencia la pérdida de la fianza constituida.

Segunda: Si la renuncia del segundo mejor postor, incurso en temeridad, ARRUTI, S.A. lleva aparejada la pérdida de fianza o si bien puede desistir libremente, al amparo del artículo 85 de la Ley.

Igualmente, si no hubiesen sido contestadas anteriormente y dado que en ulteriores licitaciones se plantearán sin duda alguna, los supuestos que se indican, la consulta se extiende a los siguientes extremos:

a) Si las renuncias basadas en la alegación de imposibilidad de prestar fianza por importe del 100% del contrato, tienen o pueden tener un tratamiento diferenciado de las renuncias que se basan en otros motivos, o por el contrario, acarrearían sin más, la incautación de la fianza provisional.

b) Si el rechazo de la justificación aportada en relación con las ofertas incursas en temeridad, sería causa de incautación de la fianza.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para proceder al examen de las cuestiones que se suscitan en el presente expediente hay que empezar por delimitar negativamente aquéllas que no requieren pronunciamiento de esta Junta, por coincidir con los criterios expuestos en el informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander y en las alegaciones de las empresas afectadas por el posible acuerdo de incautación o devolución de las garantías provisionales.

Así, en primer lugar, no resulta necesario detenerse en el régimen jurídico de la contratación aplicable al Ente público "Autoridad Portuaria de Santander", pues aparte de que, como acertadamente señala el informe del Secretario, la aplicabilidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta de las constantes referencias en los pliegos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la aplicación supletoria de ésta en defecto de normas específicas, lo cierto es que la consulta se centra en las soluciones que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas da a las cuestiones suscitadas, lo que ha de exponerse con independencia de que el Ente público esté sujeto en su actividad contractual a normas de derecho privado, según resulta del artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

En segundo lugar tampoco procede examinar las cuestiones derivadas del artículo 85.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues ninguna de las empresas afectadas -UTE Agroman-Transportes y Excavaciones Cuevas y Arruti, S.A.- se encuentran en le supuesto de hecho que determina la aplicación de la regla del citado artículo 85.1, que no es otro que el del adjudicatario de un contrato que no cumple las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del mismo, lo que produce la resolución del contrato, al perfeccionarse por la adjudicación, la incautación de la garantía provisional conforme al artículo 55.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la posibilidad prevista en el artículo 85.1 de que la Administración pueda adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes con la conformidad del nuevo adjudicatario.

Basta tener en cuenta que, ni la UTE Agroman-Transportes y Excavaciones Cuevas, ni Arruti, S.A., han sido adjudicatarias del contrato convocado por el Ente "Autoridad Portuaria de Santander" para descartar la aplicación del artículo 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y entender que la cuestión suscita es otra bien distinta y consiste en determinar si en el supuesto de bajas temerarias la retirada de las ofertas antes de la adjudicación o la falta de la justificación requerida para acreditar la posibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar o no la incautación de la garantía provisional prestada por las empresas que se encuentran en tal situación-

2. Centrada la cuestión suscitada en el presente expediente en los términos que han quedado reseñados, lo primero que hay que destacar es que las garantías provisionales en el sistema de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas responden, aparte del supuesto específicamente previsto en el artículo 55.3 para los casos de resolución por falta de formalización, de la seriedad de las ofertas, como ha declarado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 15 de abril de 1993 (Expediente 2/93), de 16 de febrero de 1994 (Expediente 31/93) y de 30 de junio de 1998 (Expediente 24/98), en los que ha reconocido la incautación de las garantías provisionales en supuestos de retirada injustificada de ofertas, informes los dos primeros que, aunque referidos a la anterior Ley de Contratos del Estado, pueden ser trasladados a la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el informe de 15 de abril de 1993 esta Junta declaraba lo siguiente:

«Con toda claridad el párrafo segundo del artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, al tratar de las subastas pero con aplicación al concurso por lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, establece que "una vez entregada la proposición no podrá ser retirada bajo ningún concepto". A idéntica conclusión se llega con la interpretación de la norma específica que para el concurso incorpora el artículo 116, último párrafo del Reglamento General de Contratación del Estado del que se deduce también la imposibilidad de retirar las ofertas económicas en el concurso, ya que tal posibilidad únicamente se consagra en el supuesto de que la Administración no hubiere dictado acuerdo resolutorio del concurso, transcurridos tres meses desde la fecha de las proposiciones, salvo que en las bases del mismo se hubiere establecido otro mayor.

Lógica consecuencia de la retirada injustificada de las proposiciones económicas es la de decretar la pérdida de la fianza provisional para participar en la licitación, pues, aunque de manera clara y expresa no se establece tal efecto en al vigente legislación de contratos del Estado, resulta así del último párrafo del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado en cuanto sólo permite retirar las fianzas provisionales, por el transcurso del plazo de tres meses sin haber sido resuelto del concurso y, sobre todo, de la esencia y finalidad de la fianza provisional que, siendo la de garantizar la seriedad de las ofertas, mal se compagina con su devolución en casos, como el presente de retirada injustificada de ofertas económicas. Por lo demás, resulta innecesario aludir a los evidentes perjuicios económicos que la retirada de ofertas por parte de las empresas reseñadas, al ser las retiradas las más bajas desde el punto de vista económico, han producido a la Administración contratante.»

En el informe de 16 de febrero de 1994, que puede considerarse complementario y aclaratorio del anterior, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hacía las siguientes declaraciones:

«En segundo lugar -y ésta se convierte en la alegación básica de los recursos interpuestos- se aduce que la incautación o pérdida de la fianza provisional sólo procede en los supuestos de falta de formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario citándose en apoyo de tal tesis la cita literal de los artículos 39 y 112 de la Ley de Contratos del Estado y las propias palabras utilizadas por esta Junta en su informe de 15 de abril de 1993 en el sentido de que, en relación con la pérdida de la fianza provisional "de manera clara y expresa no se establece este efecto en la vigente legislación de contratos del Estado".

Frente a tal alegación hay que afirmar que la cuestión básica que se suscita -devolución o incautación de la fianza provisional- es una cuestión de interpretación de normas jurídicas que, como tal, tiene que se resuelta con diversos elementos interpretativos, entre los cuales, el literal -el sentido propio de las palabras según expresión del artículo 3.1 del Código Civil- no es el único, ni siquiera el fundamental pues dicho artículo atribuye tal carácter al elemento teleológico, es decir, al espíritu y finalidad de las normas y es este sentido el que debe ser atribuido a las palabras de esta Junta de que Ade manera clara y expresa@ no se establece la pérdida de la fianza provisional en la vigente legislación de contratos del Estado para los supuestos de retirada de ofertas, puesto que, al no establecerse de manera literal y expresa tal efecto, tiene que ser establecido como resultado de la interpretación finalista y sistemática de los preceptos de dicha legislación.

La idea básica de la que hay que partir es la de la finalidad que persigue la constitución de fianzas provisionales en la contratación administrativa que no es otra que la de garantizar la seriedad de las ofertas económica, tal como con toda claridad, con independencia de argumentos teóricos que puedan aducirse, lo establece terminantemente la base XVII de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de contratos del Estado, a la cual necesariamente hubo de ajustar su regulación la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado y en la que literalmente se establecía que "serán reguladas las fianzas y garantías que aseguren la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de los contratos de obras ....." distinción entre la finalidad de la fianza provisional -asegurar la seriedad de las ofertas- y la de la fianza definitiva -asegurar el cumplimiento de los contratos- que no puede ser cuestionada siendo confirmada la finalidad de la fianza provisional en el artículo 347 del Reglamento General de Contratación del Estado que permite la incautación de la misma por falta de constitución de la fianza definitiva y en la Orden de 10 de mayo de 1968, por la que se aprueba el modelo de aval a efectos de afianzamiento en los contratos del Estado, en el que se señala como finalidad de la fianza provisional el responder de las obligaciones derivadas de la licitación, con lo que queda descartada la tesis de que la fianza provisional sólo responde de la falta de formalización por causa imputable al contratista.

Por ello cabe concluir que siempre que quede frustrada la finalidad de la fianza provisional por causa imputable al contratista -y no sólo por la falta de formalización- procede decretar la pérdida o incautación de la fianza provisional, bastando que, en lo demás, esta Junta reitere los argumentos expuestos en su anterior informe de 15 de abril de 1993 en orden a la cuestión suscitada.»

Por último, en cuanto a la retirada de ofertas en supuestos de bajas temerarias, es expresivo el informe de esta Junta Consultiva de 30 de junio de 1998 en cuanto declara que:

«En el supuesto de bajas temerarias o incursas en presunción de temeridad es evidente que la falta, por causas imputables al licitador, de contestación a la solicitud de información sobre la oferta que efectúa el órgano de contratación, prevista en el artículo 84.3 de la Ley, equivale a una retirada injustificada de la oferta, dado que la proposición no debe estimarse completa ni permite la adjudicación del contrato, sin la práctica de esta información, debiendo mantenerse igual conclusión respecto a la imposibilidad de asumir el coste de la garantía definitiva del 100 por 100, pues, cualquiera que sea la consideración de "lege ferenda" que merezca esta última, lo cierto es que está recogida en una norma legal, cuya alegación no debe servir para eludir la posible adjudicación del contrato. En cuanto a los errores materiales debe sostenerse igual conclusión siempre que, conforme a los criterios de los informes

citados de esta Junta, no se acredite el carácter de tales errores y que los mismos no son imputables al licitador que formula la proposición».

3. La aplicación de los criterios expuestos al presente expediente conducen a la conclusión de que la UTE Agroman-Transportes y Excavaciones Cuevas, en la documentación obrante en el expediente, se limita a afirmar que "no está en disposición de justificar la posibilidad de ejecución de las obras en el presupuesto ofertado" y que "ello es debido a que en el precio ofertado por la UTE se ha producido un error de cálculo en el coste de las mezclas bituminosas", declaraciones que bastan para concluir que la simple alegación de un error no justificado no puede desvirtuar la calificación de los hechos como retirada injustificada de la oferta, sin que, tampoco, puedan tomarse en consideración las alegaciones de la propia UTE referentes al carácter de la adjudicación provisional o propuesta de adjudicación realizada a su favor que figuran en la documentación del expediente, pues aunque pudieran ser ciertas, nada tiene que vez con la propia cuestión suscitada.

La Empresa Arruti, S.A., según la misma documentación, se limita a afirmar que "teniendo en cuenta que ocupábamos el segundo lugar detrás de la UTE Agroman-Cuevas y que el riesgo añadido que supone el afianzamiento del 100% del importe del contrato supera nuestra estimación de costos para las obras, renunciamos a presentar la justificación de nuestra oferta para la posible adjudicación de la misma", por lo que el supuesto de hecho queda perfectamente subsumido en el contemplado en nuestro informe de 30 de junio de 1998. Por otra parte, ya se ha indicado y razonado sobre la inoportunidad de cita del artículo 85.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que no se refiere a supuestos de retirada injustificada de ofertas, sino al distinto de adjudicatario que no cumple las condiciones para la formalización del contrato.

4. Una última consideración ha de realizarse en este expediente conectada a la última pregunta que se realiza en el escrito-informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander, dado que si los razonamientos anteriores son perfectamente válidos para los supuestos de falta de justificación de las ofertas en los casos de baja temeraria, en los que se entiende existe una retirada injustificada de ofertas, no lo son en el supuesto planteado en la última pregunta en el que el propio órgano de contratación rechaza o no considera suficiente la justificación aportada en relación con las ofertas incursas en temeridad, pues en este caso, obviamente ni siquiera puede hablarse de retirada de ofertas, al ser el propio órgano de contratación, no el licitador, el que las excluye de la posibilidad de adjudicación del contrato.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reiterando criterios expuestos en anteriores informes, entiende:

1. Que en el caso de retirada injustificada de ofertas por parte de los licitadores con anterioridad a la adjudicación procede de la incautación de garantías provisionales, supuesto que debe diferenciarse del de falta de formalización por parte del adjudicatario que tiene un tratamiento específico en el artículo 85.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que en los supuestos de bajas temerarias la falta de justificación de la posibilidad de cumplir la oferta, requerida por el órgano de contratación, debe conceptuarse como retirada injustificada de la oferta, conceptuación improcedente cuando es el órgano de contratación el que estima de imposible cumplimiento la oferta, pese a la justificación aportada.

3. Que en el presente caso debe estimarse que existe retiradas injustificadas de ofertas por parte de la UTE Agromán-Transportes y Excavaciones, por alegación de error no justificado y por parte de Arruti, S.A., por falta de justificación de su oferta y alegación de la imposibilidad de constituir garantía de 100 por 100, sin que exista diferencia de régimen jurídico entre uno y otro supuesto.

Informe 35/98, de 11 de noviembre de 1998. "Posibilidad de incrementar el presupuesto de seguridad y salud en el trabajo en los casos de proyectos modificados con adicional de obra".

ANTECEDENTES.

Por el Interventor General de la Administración del Estado se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

Con motivo de la tramitación por la Dirección General de la Guardia Civil, del proyecto modificado nº 2 de las obras de construcción de la "casa-cuartel de Las Rozas (MADRID)" surge la cuestión de si es posible o no incrementar el Presupuesto de Seguridad e Higiene del proyecto originariamente aprobado en su día al adjudicarse el contrato.
Del examen de las actuaciones recibidas, se ponen de manifiesto los siguientes:

Antecedentes.

Con fecha 30 de septiembre de 1991, fue formalizado el contrato para la ejecución de las obras de la nueva casa cuartel de Las Rozas, por un importe de 659.439.492 pesetas, siendo la empresa adjudicataria del contrato "CONSTRUCTORA ASTURIANA, S.A.". El plazo fijado para la terminación de las mismas era de 18 meses. En el proyecto se incluía una presupuesto de ejecución material de Seguridad e Higiene que ascendía a 11.139.170 pesetas.

En febrero de 1993, se aprobó el proyecto modificado nº 1, el cual no supuso adicional de gasto, si bien se incrementó el plazo de ejecución en tres meses.

Con fecha 30 de noviembre de 1995, se aprueba el segundo proyecto reformado del contrato primitivo, por un importe líquido de 129.974.379 pesetas, el cual supone un aumento del plazo de ejecución de las obras de tres meses, con un incremento del 19,57% sobre el presupuesto de adjudicación. Dicho proyecto modificado incluía un aumento en el presupuesto de ejecución material de Seguridad e Higiene de 1.943.550 pesetas.

Según consta en el Acta de 28 de junio de 1996, se reciben provisionalmente las obras de conformidad.

A la vista de los antecedentes expuestos, se suscita la siguiente:

Cuestión:

Si es posible que en los proyectos reformados, cuando suponen un adicional por obra, se pueda incrementar el presupuesto de Seguridad e Higiene inicialmente aprobado, al amparo del R.D. 555/1986, de 21 de febrero.

Con la finalidad de resolver la cuestión planteada, a juicio de este Centro Fiscal, pueden formularse las siguientes:

Consideraciones:

I

En relación con el mencionado R.D. 555/1986 de 21 de diciembre, ha de llevarse a cabo una interpretación del mismo conforme a los principios hermenéuticos del artículo 3º del Código Civil según el cual:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

II

Haciendo una interpretación "según el sentido propio de sus palabras" y "en relación con el contexto", cabe destacar lo siguiente:

El artículo 3º.1 del Real Decreto 555/1986, establece que "Las mediciones, calidades y valoración recogidas en el presupuesto de Seguridad e Higiene, podrán ser modificadas o sustituidas por alternativas propuestas por el contratista adjudicatario en el plan de Seguridad e Higiene a que se refiere el artículo 4º, siempre que ello no suponga variación del importe total".

De ello se deduce, en principio, la imposibilidad de incrementar o disminuir dicho presupuesto. No obstante, la remisión al artículo 4º obliga a transcribir los apartados de dicho precepto relacionados con la cuestión planteada, en el cual se determina lo siguiente:

"En aplicación del estudio de Seguridad e Higiene en el trabajo, el contratista o constructor principal de la obra quedará obligado a elaborar un plan de seguridad e higiene en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen... las previsiones contenidas en el estudio citado. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de prevención que la empresa adjudicataria proponga con la correspondiente valoración económica de las mismas, que no podrá implicar variación del importe total, de acuerdo con el artículo 3º. 1".

Existe, por tanto, una remisión mutua en el artículo 3º.1 y el 4º.1 de dicha norma reglamentaria que corrobora, en principio, la teoría de la invariabilidad del presupuesto de seguridad e higiene.

No obstante lo anterior, conviene destacar que tanto el artículo 3º.1 como el 4º.1, se están refiriendo a un momento concreto y que no es otro que el que va comprendido desde que se ha adjudicado la obra al contratista hasta antes del inicio de las obras.

En efecto, el artículo 4º.2 determina que "El plan de Seguridad e Higiene deberá ser presentado, antes del inicio de la obra". Es decir, a juicio de esta Intervención General parece deducirse que la invariabilidad del presupuesto de Seguridad e Higiene se circunscribe a ese lapso de tiempo. Es por ello por lo que se prevé en el artículo 4º.4 que "El plan podrá ser modificado en función del proceso de ejecución de la obra y de las posibles incidencias que puedan surgir a lo largo del mismo, pero siempre con la aprobación expresa en los términos del número 2 de este artículo y la necesaria información y comunicación a los órganos a que se hace referencia en el mismo nº 2". En este párrafo ya no se añaden las frases "siempre que ello no suponga variación del importe total" o "que no podrá implicar variación del importe total".

Por tanto, entendemos que en un momento posterior a la iniciación de las obras, por ejemplo con ocasión de la tramitación de un proyecto modificado, con aumento del presupuesto global, como ocurre en el caso planteado, podría variarse

económicamente la partida de seguridad e higiene, según las nuevas necesidades que requiera el proyecto, las cuales han de quedar justificadas en el expediente, y siempre con el cumplimiento de los requisitos previstos en el número 2 del artículo 4 de dicho Real Decreto.

III

El artículo 3 del Código Civil, recoge también como criterio interpretativo los antecedentes históricos y legislativos. En relación con el tema que se suscita esos antecedentes son los siguientes:

En la cláusula 11 del Pliegos de las Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, se imponían al contratista determinadas obligaciones en materia de seguridad e higiene tales como las de cumplir las disposiciones vigentes en la materia, de constituir el órgano necesario con la función de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones y de designar el personal técnico de seguridad que asuma las obligaciones correspondientes en cada centro de trabajo.

La inclusión del estudio de seguridad e higiene en el trabajo no estaba contemplada en la legislación de contratos del Estado. Es precisamente a través del R.D. 555/1986, de 21 de febrero, cuando se regula la inclusión obligatoria del mismo con un presupuesto independiente, sin el cual no se podría visar el proyecto, ni concederlas autorizaciones administrativas correspondientes para comenzar la ejecución de la obra.

Por tanto, los antecedentes que podemos analizar son básicamente los Dictámenes del Consejo de Estado así como los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con el proyecto de Real Decreto de referencia antes de su aprobación por el Gobierno.

Al respecto, el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 21 de noviembre de 1984 (N? 46.983), y 18 de abril de 1985 (N? 47.411), no reflejó ninguna manifestación que aclare el tema planteado.

Sin embargo, en el informe 45/1984 de 25 de enero de 1985, de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se deduce una redacción originaria del artículo 3º en el proyecto de Real Decreto, en el cual se determinaba que "las mediciones, calidades y valoraciones recogidas en el presupuesto de seguridad e higiene no podrán ser objeto de licitación a la baja, sin perjuicio de que, sin reducir el importe total, puedan ser modificados o sustituidos por alternativas propuestas por el contratista adjudicatario en el plan de seguridad e higiene a que se refiere el artículo 4º". Sobre ello la Junta se pronunció en contra dado que la propia Ley de Contratos del Estado regula el sistema de posturas a la baja en su articulado, y el excluir de tal sistema al presupuesto de seguridad e higiene no podría llevarse a cabo a través de un Real Decreto como el propuesto.

De lo anterior puede desprenderse que, originariamente, se pretendía incluso que no afectara la baja de licitación a dicho presupuesto, es decir, la voluntad del Gobierno iba encaminada a admitir la variación en más de dicho presupuesto pero no en menos, (según se desprende de la redacción originaria de dicho artículo), al contrario de lo que se interpreta, a priori, de acuerdo con lo dispuesto en la redacción definitiva de dicho artículo.

Es posible que de acuerdo con la observación formulada por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se cambiara la redacción de dicho artículo, pretendiendo mantener invariable el presupuesto aunque se viera afectado por la baja de licitación, admitiendo la posibilidad de que pudiera modificarse al alza con la ocasión de la tramitación de los proyectos modificados.

IV

Por último, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, si entendiéramos que no se puede modificar al alza dicho presupuesto en el caso concreto planteado, así como en otros análogos, estaríamos impidiendo con dicha interpretación dar cobertura en esta materia al incremento del volumen de obra a ejecutar en los modificados con adicional, lo cual iría en contra de lo pretendido por el propio R.D. 555/19896, de 21 de febrero.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas, esta Intervención General llega a la siguiente:

Conclusión:
En consecuencia, a la vista de lo dispuesto en el R.D. 555/1986, de 21 de febrero, es admisible el aumento del presupuesto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, originariamente aprobado en la adjudicación del contrato, con ocasión de la tramitación de proyectos modificados con adicional, siempre que quede justificado en el expediente y se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

Con independencia de lo anterior, dado que la cuestión suscitada carece de otros antecedentes significativos, la relevancia que puede tener en la tramitación de los proyectos modificados, y teniendo en cuenta que el órgano competente para dictaminar sobre la consulta formulada es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, órgano consultivo específico en materia de contratación en virtud del artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, esta Intervención General solicita, al amparo de las facultades que le confiere el artículo 93.3.c) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, el criterio de dicho órgano sobre la cuestión de referencia.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión concreta que se suscita en el presente expediente consiste en determinar, como expresamente se consigna en el escrito de consulta, "si es posible que en los proyectos reformados, cuando suponen un adicional por obra, se pueda incrementar el presupuesto de Seguridad e Higiene inicialmente aprobado, al amparo del Real Decreto 555/1986, de 2 de febrero".

La cuestión así planteada tiene que ser resuelta mediante interpretación de la normativa vigente en esta materia constituida por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción cuya disposición derogatoria única deroga expresamente "el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, por el que se implanta la obligatoriedad de la inclusión de un estudio de seguridad e higiene en el trabajo en los proyectos de edificación y obras públicas, modificado por el Real Decreto 84/1990, de 19 de enero".

Por otra parte debe delimitarse de forma negativa la cuestión planteada, señalando que la misma no se refiere a la posibilidad de licitar a la baja las medidas de seguridad y salud (antes seguridad e higiene), posibilidad estudiada y resuelta en los informes de

esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 25 de enero de 1985 (Expediente 45/84) y de 11 de junio de 1998 (Expediente 18/98), viniendo exigida esta delimitación negativa por la circunstancia de que el escrito del Interventor General de la Administración del Estado alude expresamente al primer informe citado y lo utiliza como uno de los argumentos favorables de la conclusión afirmativa que, respecto a la cuestión ahora suscitada, sienta en su escrito de consulta.

2. El artículo 124.1 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala como contenido obligatorio de los proyectos "cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario" figurando, entre estas últimas, el citado Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, cuyo artículo 4 establece la necesidad de elaborar, en la fase de redacción del proyecto de obras, un estudio de seguridad y salud o un estudio básico de seguridad y salud, detallándose en los artículos 5 y 6, respectivamente, el contenido del estudio y del estudio básico de seguridad y salud, refiriéndose el artículo 7 al plan de seguridad y salud en el trabajo en aplicación del estudio o del estudio básico antes referidos.

Es cierto que ninguno de estos preceptos aborda directamente la cuestión planteada de la posibilidad, en los modificados que supongan un adicional por obras, de incrementar el presupuesto de seguridad y salud en el trabajo inicialmente aprobado, pero también lo es, a juicio de esta Junta Consultiva, que de la normativa aplicable a la materia pueden extraerse una serie de argumentos que conducen a una solución afirmativa de la cuestión planteada.

En primer lugar hay que destacar que las medidas de seguridad y salud en el trabajo han de estar previstas en el estudio que, al amparo del artículo 124.1 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, necesariamente se incorpora al proyecto de obras, por lo que si es requisito indispensable de la modificación del contrato de obras la elaboración del correspondiente proyecto (artículo 146.3 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), no resulta difícil admitir que en ese nuevo proyecto se incluyan nuevas previsiones en orden a la seguridad y salud en el trabajo, con independencia de su repercusión positiva, desde el punto de vista presupuestario.

En segundo lugar hay que reiterar los argumentos del Interventor General del Estado expuestos en su escrito de consulta en relación con la interpretación de los artículos 3 y 4 del Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, si bien referida a los artículos 5 y 7 del Real Decreto 1627/1977, de 24 de octubre, que aún derogando las anteriores, reproducen casi literalmente su contenido, aunque con una modificación sustantiva.

El artículo 5, del Real Decreto 1627/1977, de 24 de octubre, en su apartado 4, viene a establecer que ?las mediciones, calidades y valoración recogidas en el presupuesto del estudio de seguridad y salud podrán ser modificadas o sustituidas por alternativas propuestas por el contratista en el plan de seguridad y salud a que se refiere el artículo 7, previa justificación técnica debidamente motivada, siempre que ello no suponga disminución del importe total ni de los niveles de protección contenidos en el estudio. Por su parte el artículo 7 del mismo Real Decreto, en su apartado 2, señala que "el plan de seguridad y salud deberá ser aprobado antes del inicio de la obra" y, en sus apartado 4, que "el plan de seguridad y salud podrá ser modificado por el contrato en función del proceso de ejecución de la obra, de la evolución de los trabajos y de las posibles incidencias o modificaciones que puedan surgir a lo largo de la obra, pero siempre con la aprobación expresa en los términos del apartado 2".

La interpretación correcta de estos preceptos es la de que, en los mismos se sienta un criterio favorable a las modificaciones y valoraciones de las previsiones de seguridad y

salud en el trabajo, por lo que puede admitirse la posibilidad planteada en el escrito de consulta, sobre todo, si se tiene en cuenta que el obstáculo que podía suponer el artículo 3?.1 del Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, con la expresión "siempre que ello no suponga variación del importe total" ha desaparecido al ser sustituida en el artículo 5, apartado 4, del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por la expresión "siempre que ello no suponga disminución del importe total", expresión esta última que no comprende el aumento, como, por el contrario lo comprendía el término "variación" utilizado en la disposición del año 1986.

En resumen, por los argumentos expuestos, que en parte reproducen los utilizados en el escrito del Interventor General, ha de llegarse a idéntica conclusión positiva que se mantiene en el citado escrito en cuanto a la concreta cuestión planteada.

3. Como indicábamos al principio de este informe los criterios mantenidos por seta Junta Consultiva de 25 de enero de 1985 y 11 de junio de 1998 no pueden ser utilizados en el caso presente, ya que la cuestión que se analizaba en ambos informes era la relativa a la posibilidad de licitar a la baja el presupuesto del estudio de seguridad y salud (antes seguridad e higiene) en el trabajo y es distinta a la que ahora se plantea, es decir, la posibilidad de incrementar el presupuesto de seguridad y salud en el trabajo en los proyectos reformados.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende, coincidiendo con el criterio de la Intervención General de la Administración del Estado, que es factible, desde el punto de vista jurídico, el aumento del presupuesto de seguridad y salud en el trabajo, con ocasión de la tramitación de proyectos modificados con adicional, siempre que tal aumento quede justificado y se cumplan los requisitos previstos en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

Informe 7/99, de 17 de marzo de 1999. "Interpretación del artículo 123.1 en relación con el artículo 12.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto de la distinción entre obras de reforma y obras de reparación".

ANTECEDENTES

El Subsecretario del Ministerio de Fomento remite a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para su informe sobre interpretación del artículo 123.1 en relación con el artículo 12.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, escrito de consulta redactado en los siguientes términos:

"La Orden de 20 de febrero de 1997, por la que se constituye la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento, dispone en su punto tercero, 3, a) que actuará como órgano de contratación, con el límite de 500.000.000 de pesetas, en los contratos de obras comprendidos en las letras b) y c) del artículo 123.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuya competencia, por razones sectoriales o específicas, no esté atribuida especialmente a otros órganos superiores del Ministerio".

A estos efectos hay que recordar que los citados apartados del artículo 123.1 de la citada Ley, son los siguientes:
b) Obras de reparación simple.
c) Obras de conservación y mantenimiento.

En este tipo de obras, no hay duda de que su competencia corresponde a la Junta de Contratación y a este respecto la naturaleza de las mismas, vienen calificadas en los números 4 y 5 del mismo precepto, de la siguiente forma:

4. Se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple.

5. Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación.

Sin embargo, los distintos servicios de régimen interior del Ministerio parecen considerar que las obras que ellos realizan en los distintos edificios administrativos de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambios de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, pinturas, etc., no responden a la calificación de las obras previstas en los referidos apartados b) y c) del artículo 123.1 de la Ley, sino que entienden que son obras de reforma incluidas en el apartado a) del mismo precepto y, por tanto, excluidas de la competencia de la Junta de Contratación. Por este procedimiento de calificación técnica, dicho órgano quedaría vacío de competencias en materia de contratos de obras, ya que un término tan genérico y aleatorio como el de la reforma, podría aplicarse con un carácter más extensivo de lo que la Ley prevé.

El precepto ha sido muy criticado por su imprecisión desde distintos sectores. Así, Ruiz Ojeda (Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

Civitas) tras indicar que la enumeración del art. 123 es más descriptiva que normativa, a efectos de agilizar la actuación de los centros gestores, añade que "... debe considerarse dudosa la vinculatoriedad de la denominación adoptada, que sólo tendría, en nuestra opinión, trascendencia jurídica en tanto que indujere a error o resultase engañosa. La inexactitud de la denominación de la obra ha de entenderse carente de efectos, en lo que a la relación contractual se refiere, cuando de los términos del proyecto resulte claro e inteligible lo que el contratista debe ejecutar...".

El referido artículo 123.1 clasifica las obras a efectos de la elaboración de los proyectos, según su naturaleza y objeto, en cuatro grupos, dos de los cuales el b) y el c) son competencia de la Junta de Contratación, según hemos visto y conforme determina el artículo 12.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el apartado a) se incluye el siguiente grupo: Obras del primer establecimiento, reforma o gran reparación.

A continuación los números 2 y 3 del mismo artículo, ofrecen la siguiente aclaración sobre la naturaleza de estas obras:
2. Son obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble.
3. El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente.

En primer lugar, es evidente que la propia clasificación de las obras que detalla el artículo 123.1 de la Ley, hace referencia a una naturaleza homogénea de las mismas que se comprenden en cada grupo. Por ello, no parecería coherente incluir en el grupo del apartado a) las obras de acondicionamiento de unos despachos de un Ministerio, junto a los de creación de un nuevo edificio o a los de refuerzo de la estructura resistente del mismo, por mucho que la denominación de "reforma", incluida en el mismo grupo, pudiera dar pie a calificar así a la simple variación de una puerta de despacho.

Que ello no puede ser entendido así, se deduce del contenido del número 3 del expresado artículo 123.1, cuando ofrece el concepto general de "reforma" que relaciona con un conjunto de obras realizadas en un bien inmueble ya existente, entendido este en su conjunto. La Ley aquí no contempla la reforma parcial o mínima, que forzosamente ha de entrar en los conceptos de reparación, mantenimiento o conservación, sino que incluye la gran obra referida a ampliación, mejora, modernización, etc., de un inmueble ya existente, pero que afecta a su totalidad.

Se plantea así, que, a pesar de la definición legal de "reforma" y de "reparación", algunas actuaciones aparentemente de reforma deberán quedar en el ámbito de la Junta de Contratación como reparación simple, puesto que "reforma" ha de incluirse entre las actuaciones de gran volumen del apartado a), es decir, actuaciones globales en un inmueble ya existente, entendiendo por inmueble el edificio en su conjunto y no las pequeñas actuaciones de instalación de aire, reposición de electricidad, rehabilitación de despachos u otras porciones o dependencias de un edificio, que serían reparación, mantenimiento o conservación.

Interpretar el artículo 123.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en otro sentido sería contrario al espíritu de la Ley y dejaría prácticamente sin contenido los apartados b) y c) del mismo y, por ende, la Junta de Contratación quedaría vacía de competencias en este aspecto y su labor de coordinación de este tipo de contratos quedaría frustrada.

Avala también este criterio la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de abril de 1997, por la que se dictan normas para la clasificación de los ingresos y gastos del Estado según su naturaleza económica, desarrollada por capítulos, artículos, conceptos y subconceptos. De acuerdo con ello, el gasto destinado a los edificios administrativos, dentro del Capítulo VI de los Presupuestos Generales del Estado, "Inversiones reales", se encasillan dentro de los artículos 62 y 63.

El artículo 62 recoge exclusivamente aquellos proyectos de inversión nueva en infraestructuras y bienes destinados al uso general, asociada al funcionamiento operativo de los servicios. El mismo artículo aclara que comprende la compra y la construcción de toda clase de edificios, así como los equipos fijos y estructurales asociados a los mismos.

Sin embargo, el artículo 63 recoge los proyectos de inversión de reposición, igualmente asociada al funcionamiento operativo de los servicios, pero concretada, según el mismo artículo, a la sustitución de los bienes existente por otros análogos, y solo con la finalidad de mantener o reponer los bienes deteriorados, prorrogar la vida útil del bien o reponer los bienes afectos al servicio que hayan devenido inútiles como consecuencia de su uso normal.

Es evidente pues, que el artículo 63 de la clasificación presupuestaria, no recoge "reformas" sino reposiciones, con lo que los proyectos correspondientes han de clasificarse forzosamente en los apartados b) y c) del artículo 123.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El resto de las obras estarían asociadas al concepto de inversión nueva del artículo 62, entre ellas las obras de reforma, lo que vendría a interpretar su verdadera naturaleza que se aparta del uso y destino del inmueble existente para introducir un cambio sustancial en el mismo.

Finalmente hay que decir que aunque de "lege data" los conceptos de reforma y reparación se definen en la Ley, el criterio que se deja planteado parece más lógico de "lege ferenda", puesto que, además, las Juntas de Contratación consolidarían unas competencias que, por lo demás, ya ejercen en algunos Departamentos.

Por tanto, se propone que se eleve a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa una consulta sobre la aplicación del artículo 123.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las obras interiores de los edificios administrativos que, sin cambiar su uso y destino, se dirigen normalmente a la sustitución de unos elementos por otros, aunque sean estos más modernos o a adecuar tales elementos a la situación actual".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente, sobre la cual parecen existir criterios dispares entre los servicios de régimen interior del Ministerio y el redactor del escrito de consulta, consiste en establecer los conceptos de obras de reforma y obras de reparación, a efectos de la aplicación del artículo 12.4 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del punto tercero apartado 3 a) de la Orden del Ministerio de Fomento de 20 de febrero de 1997, por la que se constituye la Junta de Contratación, en relación ambos con el artículo 123 de la propia Ley. En concreto se suscita la cuestión de sí en la categoría de obras de reforma están comprendidas las obras realizadas por los servicios de régimen interior del Ministerio en los distintos edificios administrativos que, sin cambiar su uso y destino, se dirigen

normalmente a la sustitución de unos elementos por otro o a adecuar tales elementos a la situación actual entre las que se citan en el propio escrito de consulta las de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambios de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, pinturas, etc... La solución afirmativa produciría la consecuencia de que la adjudicación de los respectivos contratos no correspondería a la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento, competencia que habría que reconocer, por el contrario, si las obras descritas merecieran el calificativo de obras de reparación, siempre que en este caso, como es lógico, no se superase el límite de 500.000.000 de pesetas fijado en la Orden de 20 de febrero de 1997.

2. En estos términos planteada la cuestión suscitada tiene que ser resuelta con criterios interpretativos deducidos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, al ser difícil establecer una diferenciación clara, al margen de la misma, ya que desde el punto de vista gramatical el Diccionario de la Lengua Española viene a caracterizar la reforma como ?lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en alguna cosa? y a la reparación como ?acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas?, conceptos que, evidentemente, no aportan soluciones útiles a los efectos que ahora se examinan.

Por otra parte, también debe destacarse que, entrando en el terreno de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, tampoco es posible encontrar soluciones expresas y terminantes a la cuestión planteada, lo que, evidentemente hubiera evitado las discrepancias que han surgido y la misma formulación de la consulta a esta Junta Consultiva. La solución, por tanto, que deba darse debe partir de la interpretación de los preceptos de la citada legislación que hacen referencia a los conceptos de ?reforma? y ?reparación?.

3. El artículo 123 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su apartado 1, señala que a los efectos de elaboración de proyectos se clasificarán las obras, según su objeto y naturaleza, en los grupos que enumera, de los que, a efectos del presente informe, debemos referirnos a los apartados a) -obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación y b)- obras de reparación simple. La definición de estas categorías, prescindiendo de las obras de primer establecimiento que no suscitan especiales problemas, se contienen en los apartados 3 y 4 del propio artículo 123 expresivo el primero de que "el concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización y adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente" y el segundo de que ?se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas y accidentales? añadiendo que, cuando estas obras "afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple".

La simple lectura de los preceptos transcritos constituye un primer argumento para considerar la reforma como algo distinto de la reparación y que la primera se caracteriza por ser de un bien inmueble existente, con lo que parece aludirse a la totalidad del mismo, mientras que la reparación alude a obras que se realizan en un bien inmueble y que, por tanto, afectan a parte del inmueble, como lo confirma la circunstancia de que se distinguen en las reparaciones la que afectan a la estructura resistente -gran reparación- y las que no afectan a la estructura resistente, por tanto, no a la totalidad del inmueble -reparaciones simples-.

Sin embargo, lo decisivo a juicio de esta Junta es la colocación sistemática de la reforma en el apartado 1.a) del artículo 123 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, junto con las obras de primer establecimiento y la gran

reparación. Si para las obras del artículo 123.1 a) se establece un régimen jurídico especial en cuanto a la elaboración de proyectos y en cuanto a la imposibilidad que se adjudiquen por Juntas de Contratación es evidente, por razones sistemáticas, que la reforma, en cuanto a su entidad, tiene que ser algo similar a las obras de primer establecimiento y a las obras de gran reparación y no a las reparaciones simples cuyo régimen jurídico es el derivado de su inclusión en el apartado b) del artículo 123.1 de la Ley y no en el a).

Enlazando con lo anterior quizá sea posible otra interpretación del artículo 123.1 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consistente en afirmar que la palabra "gran" afecta tanto a la reforma como a la reparación, con lo que se llegaría a la misma conclusión de que las reformas que no merecieran el calificativo de grandes no deberían estar incluidas en el apartado a) sino en el b) del artículo 123.1 con las consecuencias reseñadas en cuanto a su posible adjudicación por Juntas de Contratación.

4. Otro elemento que puede reforzar las tesis que venimos manteniendo en el representado por los antecedentes constituidos por el Reglamento General de Contratación del Estado, ya que si bien los preceptos idénticos o contrarios a los de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deben considerarse derogados por ésta, pueden servir como medio interpretativo de conformidad con el artículo 3 del Código Civil.

En este sentido hay que destacar que el artículo 57 del Reglamento General de Contratación del Estado, tiene un contenido literalmente idéntico al que incorpora el artículo 123 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que, por tanto, debe considerarse sustituido por esta última, pero el artículo 70 del propio Reglamento al referirse a lo que hay son contratos menores de obras, hace referencia a las reparaciones menores, con lo que podría pensarse que en la legislación anterior a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no podían existir las reformas menores, conclusión absurda con arreglo al citado precepto reglamentario en el que, como hace la legislación actual, parece atenderse exclusivamente a la cuantías de las obras, entonces 2.500.000 de pesetas.

Lo que se quiere destacar con la utilización de este argumento es que si en la legislación anterior debían admitirse reformas menores identificadas con las reparaciones menores la misma conclusión debe mantenerse con arreglo a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 123 transcribe literalmente el artículo 57 del Reglamento General de Contratación del Estado.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en la categoría de obras de reforma a que se refiere el artículo 123.1 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no están comprendidas las obras que, sin cambiar el uso y destino de los edificios administrativos, se dirigen a la sustitución de unos elementos por otros o a adecuar tales elementos a la situación actual como las de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambio de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, pinturas, etc...

2. Que, como consecuencia de lo anterior, dichas obras pueden ser adjudicadas, al amparo del artículo 12.4 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del punto tercero apartado 3 a) de la Orden del Ministerio de Fomento de 20 de febrero de 1997, por la Junta de Contratación del Ministerio, siempre que no se supere el límite de 500.000.000 de pesetas, fijado en la citada Orden ministerial.

Informe 10/99, de 30 de junio de 1999. "Consideración de los abonos o anticipos a cuenta por maquinaria a efectos de la aplicación de la revisión de precios para determinar el 20 por 100 del importe del contrato exento de revisión".

ANTECEDENTES.

Por el Director General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fecha 18 de noviembre de 1983 establece las siguientes conclusiones:

CONCLUSIONES:

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que son susceptibles de revisión, siempre que concurran los requisitos generales necesarios para ello, los abonos a cuenta por acopio de materiales, pero no los correspondientes a instalaciones y equipos.

2. Que los citados abonos han de revisarse con independencia de las certificaciones de obra ejecutada en la que se incorporen los materiales y, en consecuencia, el índice final aplicable será el correspondiente al mes en que se incluya relación valorada de los anticipos y su importe será computable a efectos de determinar el 20 por ciento exento de revisión.A

Esto se interpreta por este Centro Directivo, en el sentido de que los anticipos que se conceden a los contratistas en concepto de maquinaria no son revisables en ningún momento y en consecuencia el porcentaje de obra no revisable está formada por el 20% más los anticipos de maquinaria.

Esta posición ha sido rechazada por algunos contratistas por lo que solicitamos una aclaración en el sentido de RATIFICAR O RECTIFICAR la interpretación de este Centro Directivo.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada conviene realizar algunas precisiones en orden a su determinación, dado que la redacción del escrito de consulta puede suscitar algunas dudas al respecto.

2. El informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 18 de noviembre de 1983 (expediente 67/83) abordaba la cuestión expresamente planteada por el Presidente del Consejo Superior de Protección de Menores sobre si los anticipos a cuenta de materiales tenían derecho a revisión de precios y, dejando aparte la cuestión, carente de interés a efectos del presente informe, del índice mensual aplicable, si las certificaciones a cuenta de acopios y a cuenta de maquinaria eran computables a efectos de determinar el umbral de revisión (el 20 por 100 del importe del presupuesto de la obra exenta de revisión).

Las conclusiones del mencionado informe de que eran susceptibles de revisión, siempre que concurriesen los requisitos generales necesarios para ello, los abonos a cuenta por acopio de materiales, pero no los correspondientes a instalaciones y equipos y que su importe era computable a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión se basaban en la distinta naturaleza de los abonos a cuenta regulados en el artículo 143 del Reglamento General de Contratación del Estado y en las cláusulas 54, 55 y 56 del Pliegos de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, pues -se decía- "mientras los materiales acopiados están destinados a ser incorporados físicamente a la obra las instalaciones y equipos son elementos auxiliares de la obra, que no se incorporan a ésta y, como consecuencia de ello, en el primer caso, el contratista normalmente recupera el precio de los materiales por virtud de la obra certificada, en tanto que en el segundo las instalaciones y equipos no trascienden a las certificaciones como realidad física, sino que el contratista recupera su valor por repercusión de su coste sobre el precio de la obra". Después de indicar las razones que abonaban el que los abonos por acopio de materiales habrían de revisarse con independencia de las certificaciones de obra ejecutada en la que se incorporaban los materiales sentaba la indicada conclusión de que su importe era computable a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión.

En el presente caso no se trata de ratificar o rectificar los criterios del citado informe de 18 de noviembre de 1983, pues no habiéndose modificado, en este extremo, la normativa en vigor siguen siendo válidos los argumentos y conclusiones del citado informe. En realidad lo que se plantea en el escrito de consulta es si el importe de los anticipos en concepto de maquinaria -no revisables- deben computarse a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión -tesis de algunos contratistas- o no debe computarse a dichos efectos -tesis del órgano consultante- que la expresa, en sentido contrario y gramaticalmente incorrecto de que Ael porcentaje de obra no revisable está formada por el 20 por 100 más los anticipos de maquinaria@.

2. A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa existen argumentos para mantener que los anticipos por maquinaria, ni son revisables, lo que expresamente decía nuestro informe de 18 de noviembre de 1983, ni su importe se computa en el 20 por 100 exento de revisión, extremo sobre el que el citado informe no contenía pronunciamiento expreso alguno. La razón fundamental que, a nuestro juicio, avala el criterio del órgano consultante es la de que la revisión de precios y el umbral exento hacen referencia a la Aobra ejecutada@ o al Avolumen de obra ejecutada@ tanto en la regulación del Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, como en la de los artículos 104 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo sostenerse que el importe de los abonos a cuenta o anticipos por maquinaria, reiterando los argumentos del informe de 18 de noviembre de 1983, no son importe de la obra ejecutada dado que dicha maquinaria no se incorpora a la obra, a diferencia de lo que sucede con los materiales acopiados.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que a diferencia de los abonos por acopio de materiales, susceptibles de revisión y cuyo importe debe computarse en el 20 por 100 exento de revisión los abonos o anticipos a cuenta por maquinaria, no son revisables, todo según los criterios del informe de esta Junta de 18 de noviembre de 1983, ni su importe, en consecuencia, puede computarse a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión.

Informe 11/99, de 30 de junio de 1999. "Posibilidad de introducción en los pliegos de condiciones de las obras municipales de cláusulas que tengan en cuenta el índice de siniestralidad laboral en el sector de la construcción, como requisito de solvencia técnica o como criterio de adjudicación".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Majadahonda (Madrid) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de solicitud de dictamen sobre la posible introducción en los pliegos de contratos de obras municipales de cláusulas que tengan en cuenta el índice de siniestralidad laboral en el sector de la construcción, redactado en los siguientes términos:

Antecedentes:

«Primero.- Que con fecha 29 de septiembre de 1998 el Pleno del Ayuntamiento de Majadahonda adoptó por unanimidad acuerdo sobre la Moción presentada por un grupo político con el siguiente contenido:

"El alto índice de siniestralidad que a pesar de las medidas adoptadas sigue teniendo el sector de la construcción, exige que todas las Administraciones tomen las medidas necesarias en el ámbito de sus posibilidades y competencias para reducirlo.

El importante volumen de obras que contratan todos los años los Ayuntamientos los convierte en un importante agente del sector que, en consecuencia, puede tener incidencia en la disminución del alto índice de siniestralidad existente.

Una de las formas de intervención de los Ayuntamientos puede ser la introducción en los pliegos de condiciones de las obras municipales de alguna cláusula que prime la contratación de las empresas con baja siniestralidad utilizando como referencia el correspondiente índice existente en la CAM.

En consecuencia se propone la aprobación de la siguiente Moción:

El Pleno del Ayuntamiento de Majadahonda acuerda encargar a los Servicios Técnicos municipales la redacción de una o varias cláusulas en los pliegos de condiciones de las obras a realizar en este municipio que valoren la baja siniestralidad como mérito en la adjudicación de las mimas.

El resultado de este trabajo, una vez dictaminado por las comisiones correspondientes (Urbanismo, Mantenimiento y Obras y/o Especial de la Contratación) será sometido al próximo Pleno ordinario de la Corporación".

Segundo.- En dicha sesión fue debatida la referida Moción, exponiéndose lo pertinente por los distintos grupos políticos, expresándose por todos la buena intención de la propuesta aunque reconociéndose la dificultad técnica para plasmarla con objetividad y cumpliendo todos los requisitos formales; también se apuntó la posibilidad de que por ley se exigiese a los licitadores la obligación de presentar un plan de prevención de riesgos laborales.

El Sr. Secretario de la Corporación mostró serias dudas legales acerca de la posibilidad de incluir la cláusula indicada en la Moción ya que tanto los criterios de adjudicación a utilizar en los concursos como los requisitos de solvencia son aspectos tasados en la Ley de Contratos y que a su vez provienen de directivas de la Comunidad Europea.

Tercero.- Que por parte de los servicios jurídicos se han tratado de antecedentes similares en otras administraciones públicas, a través de conversaciones telefónicas tanto con los servicios de contratación de la Comunidad Autónoma de Madrid, Consejería de la Presidencia y, con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, manifestándonos que no tienen conocimiento de que se hubiera planteado esta cuestión con anterioridad. Sin embargo, sí se han adoptado medidas de otro carácter como por ejemplo las tendentes a favorecer la estabilidad en el empleo y contratación de minusválidos, en el Acuerdo-Marco para apoyar la estabilidad ya calidad en el empleo firmado por CC.OO, UGT y CEOE-CEPYME, y que se articula mediante cláusulas incluidas en los pliegos de condiciones que figuran como criterios objetivos para la adjudicación y sirvan a dicha finalidad (desarrollado por Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo). No teniendo carácter vinculante para los Ayuntamientos, sino sólo orientativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- En la exposición de motivos de la L.C.A.P. se establece la necesidad de garantizar `plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. Asimismo el artículo 11.1 de la L.C.A.P. dice ?Requisitos de los contratos- 1 Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y en todo caso a los de igualdad y no discriminación?. La inclusión de estas cláusulas no puede contradecir ninguno de estos principios esenciales.

Segundo.- La cuestión que aquí se plantea es si sería posible (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la L.C.A.P.), incluir en los pliegos como criterio de solvencia técnica una cláusula que tuviera en cuenta el índice de siniestralidad laboral en los contratos de obras.

Tercero.- Otra posibilidad es sí podría incluirse como criterio de adjudicación en los casos de concurso cuya característica esencial según el artículo 87 de la L.C.A.P. es que sean objetivos. Este artículo determina cuáles son estos criterios, pero no de forma taxativa, ya que añade ". .. u otras semejantes... " . Se podría o no considerar la siniestralidad como un criterio objetivo semejante.

CONCLUSIÓN:

Se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dictamen sobre si la inclusión de cláusulas en los pliegos que tengan en cuenta la siniestralidad laboral en los contratos de obras como criterio de solvencia técnica es o no discriminatorio y no impide la libre concurrencia y, si su inclusión como criterio de adjudicación, en el caso de concurso, puede considerarse como criterio objetivo, así como de qué forma podría acreditarse, en uno y otro caso, sin vulnerar dichos principios».

2. Al anterior escrito se acompaña certificado de la reunión del Pleno del Ayuntamiento celebrada el día 29 de septiembre de 1998, en la que se debate la moción presentada por el portavoz del Grupo Mixto en el Ayuntamiento y en el que constan las distintas posiciones sobre el tema de referencia.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente es la de determinar si puede figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras cláusulas que tengan en cuenta la siniestralidad laboral como criterio de solvencia técnica o como criterio de adjudicación del concurso, cuestión que debe ser abordada y resuelta desde el punto de vista del Derecho comunitario y desde el punto de vista de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas teniendo en cuenta y reiterando criterios expuestos por esta Junta en su informe de 16 de diciembre de 1998 (expediente 44/98).

2. Como se expresaba en el citado informe ?la normativa comunitaria en materia de contratos de obras está constituida por la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, aunque se llegaría a conclusiones idénticas del examen de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro, y de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, que, en los aspectos que van a ser examinados, establecen las mismas reglas que las que hoy figuran incorporadas a la Directiva 93/37/CEE.

En el capítulo 2 de su título IV (artículos 24 a 29) bajo la rúbrica ?criterios de selección cualitativa? la Directiva 93/37/CEE establece las condiciones las empresas para concurrir a las licitaciones unas de carácter positivo (inscripción en determinados Registros, capacidad financiera, económica y técnica y posibilidad de clasificación) y otras de carácter negativo (circunstancias que permiten excluir a las empresas de licitación). Por su parte el capítulo 3 del mismo título IV (artículos 30 a 32) bajo la rúbrica de ?criterios de adjudicación del contrato? establece los dos únicos de adjudicación al precio más bajo o de adjudicación a la oferta más ventajosa económicamente, indicando que en este último caso se atenderá a criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

Una interpretación de los preceptos de la Directiva 71/305/CEE, hoy sustituidos por los de la Directiva 93/37/CEE, coincidentes con aquellos en estos extremos, la realiza la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87-Beentjes B.V.) que, aparte de otras declaraciones afectantes a otros extremos en ella planteados, aborda la cuestión de la diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación del contrato, la de los criterios de adjudicación del concurso cuando no juega el del precio más bajo y la de la condición de emplear parados de larga duración.

En cuanto a la diferenciación entre selección del contratista y adjudicación del contrato, basta remitirse a nuestro informe de 11 de noviembre de 1998 (expediente 27/98) con el que con base a la Sentencia que examinamos y los criterios de solvencia, entre ellos la experiencia, se sostenía que, en los procedimientos abiertos, tales criterios debían tenerse en cuenta en la fase de selección del contratista y no en la adjudicación del contrato?.

3. Expuestas estas ideas generales del Derecho comunitario y ciñéndonos al requisito de solvencia técnica hay que destacar que el artículo 27.1 de la Directiva 93/37/CEE, señala que la justificación de la capacidad técnica del contratista podrá acreditarse:

a) Por los títulos de estudio y profesionales del contratista y/o de los directivos de su empresa y, en particular, del responsable o responsables de la dirección de las obras;

b) Por la lista de las obras ejecutadas en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución en las obras más importantes. Estos certificados indicarán el importe, el momento y el lugar de ejecución de las obras, y precisarán si fueron ejecutadas según las reglas de la técnica y llevadas normalmente a buen término. Eventualmente, dichos certificados serán facilitados directamente al adjudicatario por la autoridad competente;

c) Por una declaración mencionando el utillaje, el material y el equipo técnico de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra;

d) Por una declaración que cite los efectivos medios anuales de la empresa y el número de sus cuadros directivos durante los tres últimos años;

e) Por una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.

Al establecer el apartado 2 de este artículo 27 que el poder adjudicador precisará en el anuncio o en la invitación a licitar aquéllas referencias que desee obtener, viene a demostrar el carácter taxativo de los medios de justificación de la capacidad técnica del contratista, sobre todo si se compara con el carácter más flexible de los apartados 2 y 3 del artículo 26 de la misma Directiva, referente a la capacidad financiera y económica en cuanto se citan otras referencias comprobatorias distintas de las enumeradas y cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado, y permite sentar como primera conclusión de este informe que al no poder encajar ningún índice, aspecto o cláusula de siniestralidad laboral en ninguno de los apartados del mencionado artículo 27, tales índices, aspectos o cláusulas, según la Directiva 93/37/CEE, no pueden figurar en los pliegos como requisito de capacidad técnica.

4. En cuanto a los criterios de adjudicación del concurso en nuestro informe de 18 de diciembre de 1998 se consignaba lo siguiente:

«En cuanto a los criterios de adjudicación que no sean el del precio más bajo la Sentencia (se refiere a la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988. Asunto Beentjes) realiza la siguiente declaración:

"Si la segunda alternativa (se refiere a la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa), deja a los poderes adjudicadores la elección del criterio de adjudicación del contrato que ellos consideran conveniente, esta elección no puede basare más que en criterios tendentes a identificar la oferta económicamente más ventajosa? añadiendo que ?en efecto, no es más que a título de excepción el que el apartado 4 del mismo artículo (se refiere al artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, coincidente con el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE) admita que la adjudicación pueda ser fundada sobre criterios de naturaleza diferente en el cuadro de una reglamentación tendente a hacer beneficiarse a ciertos licitadores de una preferencia a título de ayuda, a condición de que la reglamentación invocada sea compatible con el Tratado, particularmente con los artículos 92 y siguientes".

Interesa destacar que aunque la Sentencia admita la utilización de otros criterios para la adjudicación lo hace con carácter muy limitado, puesto que la referencia al apartado 4 del artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, hoy artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, limita tal posibilidad a que criterios distintos de los del precio más bajo o de proposición más ventajosa económicamente estén establecidos o previstos en una normativa vigente en el momento de adoptar la Directiva (se refiere a la 71/305/CEE) que tenga por objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa indicada sea compatible con el Tratado. Obviamente esta excepción no resultaría aplicable en ningún caso a España, que en la fecha de incorporación de la Directiva 71/305/CEE no tenía en vigor tal normativa excepcional sin perjuicio de que además, como veremos, la discriminación por razón de nacionalidad sea incompatible con el Tratado.

Refiriéndose a la condición de emplear parados de larga duración se realiza en la misma Sentencia la siguiente consideración:

"La exigencia de emplear parados de larga duración podría notablemente enfrentarse al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado por el artículo, apartado 2 del Tratado, en el caso de que se revelase que tal condición no podría ser cumplida más que por los licitadores nacionales o bien que sería muy difícilmente cumplida por los licitadores provenientes de otros Estados miembros? añadiendo que ?corresponde al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la exigencia de tal condición tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta?. En la propia Sentencia se califica la condición de emplear parados de larga duración como ?condición particular suplementaria".

Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia no es el de que la condición de emplear parados sea un criterio para la adjudicación del contrato, sino una condición exigida a todos los licitadores, pero la argumentación utilizada en cuanto a la discriminación o no discriminación aporta elementos interpretativos valiosos a efectos del presente informe.

Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir, que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros».

La segunda conclusión que, por tanto, hay que mantener en el presente expediente es la de que los índices, aspectos o cláusulas de siniestralidad laboral no son admisibles, según la Directiva 93/37/CEE y jurisprudencia comunitaria que la interpreta, como criterios de adjudicación de un concurso.

5. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como no podía ser de otra manera, contiene preceptos muy similares a los de las Directivas comunitarias y, por tanto, deben ser interpretados en el sentido señalado en relación con el Derecho comunitario.

La solvencia económica financiera y técnica de las empresas se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley, concretamente la solvencia técnica en contratos de obras en el artículo 17 en términos literales casi idénticos a los del artículo 27 de la Directiva 93/37/CEE por lo que, el carácter taxativo de los medios de justificación de dicha solvencia, demostrada por la declaración del artículo 15.3 de que los órganos de contratación precisaran en el anuncio de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados y por la fórmula más flexible utilizada en el artículo 16 en relación con la solvencia económica y financiera, conduce a la conclusión de que el dato de la siniestralidad laboral en la empresa no puede jugar como requisito de solvencia técnica. Por su parte los criterios de adjudicación en los concursos se contemplan en el artículo 87 que señala que deberán ser objetivos, figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, indicándose por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, sin que en la enumeración de criterios que a título ejemplificativo realiza (precio, 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 y el servicio postventa) aparezca ninguno que haga referencia a características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato, sin que, por tanto, el dato de la siniestralidad laboral tampoco pueda ocupar un lugar entre dichos criterios.

6. Con carácter general han de formularse dos últimas consideraciones en el presente informe.

La primera ha de hacer alusión a que si bien las finalidades de las denominadas ?cláusulas sociales? son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, no pueden articularse como requisitos para la celebración de contratos o como criterios para la adjudicación de los mismos. En particular, la siniestralidad laboral debe ser reducida o intentar ser reducida por la normativa tradicional en materia de seguridad constituida hoy por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, estableciendo este último, en su artículo 4, la obligatoriedad de un estudio de seguridad y salud o un estudio básico de seguridad y salud según el tipo de obras de que se trate.

La segunda consideración que hay que realizar es la de que, aún prescindiendo de los obstáculos que el Derecho comunitario y la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas suponen para la admisión de estas cláusulas como requisito de solvencia técnica o como criterio de adjudicación del concurso, su aplicación práctica, en cuanto a su estimación y ponderación, estaría llena de dificultades. Por ello, como se ponía de relieve en nuestro informe de 16 de diciembre de 1998, la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene un precepto significativo que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación del concurso se hace de manera expresa en la propia Ley y con un alcance limitado, siendo tal precepto significativo la disposición adicional octava referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible por su contemplación expresa por la Ley y por no constituir un propio criterio de adjudicación sino el de atribuir preferencia para las empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos solo en el caso de que ?dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación?.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el índice, cláusula o aspectos relativos a la siniestralidad laboral en las empresas no pueden ser tomados en consideración, ni como requisitos de solvencia técnica, ni como criterios de adjudicación del concurso en los contratos de obras, por oponerse a ello la Directiva 93/37/CEE y la interpretación jurisprudencial de la misma realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 16/99, de 30 de junio de 1999. "Tramitación y ejecución de los contratos para obras complementarias. Inviabilidad de aplicación cuando la ejecución del contrato principal ha concluido".

ANTECEDENTES.

El Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente texto:

AAsunto: TRAMITACIÓN OBRAS COMPLEMENTARIAS.

Los artículos 141.d) y 211.d) regulan el procedimiento negociado sin publicidad para los casos de obras y actuaciones complementarias a encargar al contratista de la principal.

CONSULTA N1 1

En la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, el procedimiento de tramitación actual de las Obras Complementarias regulado por el citado artículo sigue las normas marcadas por unas Instrucciones propias de fecha 30.8.1986, basadas en un dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fecha 30.5.1973. En aplicación de dichas instrucciones, que establecen para las obras complementarias el mismo régimen que para una modificación del contrato, se sigue para la obra complementaria un tratamiento unitario con el contrato principal y sus modificaciones del que se derivan los siguientes efectos:

@ Certificaciones mensuales únicas, que contemplan todas las incidencias.

@ Plazo de ejecución incorporado al de la obra principal, de forma que la fecha última, ya sea del contrato principal o de la obra complementaria, sea la vigente para el conjunto de los contratos.

@ Régimen de Revisión de Precios, con la misma Fórmula tipo y la misma fecha origen de aplicación que la de la obra principal, (con la Ley 13/1995, es la fecha final del plazo de presentación de ofertas o la fecha de adjudicación, según el procedimiento).
@ Liquidación conjunta

@ Recepción conjunta

Por otra parte, el art. 153 del RCE establece lo siguiente:

"Las obras accesorias o complementarías no incluidas en el proyecto que durante el curso de la obra principal la Administración estime conveniente ejecutar deberán ser objeto de contrato independiente, y, por tanto, cumplirse los trámites provistos por este Reglamento.

Exceptúese el caso de que aquéllas no excedan del 20 por 100 del precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista de la principal, y de acuerdo con los precios que rigieron en el contrato principal y, en su caso, fijados contradictoriamente'

El dictamen (n1 45.942, Sec. 60 Obras Públicas y Urbanismo de 15 de diciembre de 1983) del Consejo de Estado dice claramente que "no debe olvidarse que es doctrina jurisprudencial constante la de que las cosas son según su naturaleza y no según la voluntad de las partes", y añade.

"La diferencia básica entre los casos 2 y 3, esto es, entre los artículos 150.2 y 153 del Reglamento de Contratación, estriba en que, en el primer caso debe tratarse de unidades de obras nuevas, pero cuya ejecución resulte necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, o cuando sea precisa dicha modificación por resultar imposible su ejecución en la forma inicialmente prevista. En el segundo caso, la ejecución de las obras complementarías no debe ser necesaria para el buen fin del proyecto; se trata, por tanto, de añadidos no esenciales al mismo, por más que puedan resultar muy convenientes. Precisamente por ello, se decía al principio que los proyectos deben referirse a obras completas y que no es admisible la utilización continua de reformados sucesivos para obtener una finalidad no prevista en el primitivo proyecto@.

A la vista de lo anterior se solicita dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si, conforme a lo establecido en el Ley 13/1995, es adecuado el tratamiento aplicado a las obras complementarias por la DGOHCA que, a su vez sería igualmente aplicable a estudios y servicios técnicos o, por el contrario, las obras complementarias (art. 141.d) y los estudios, servicios o trabajos complementarios (art. 211.d) de la citada Ley, requieren una vez adjudicados, un tratamiento independiente del contrato de la actuación principal, con certificaciones, revisiones de precios, liquidación y recepción diferenciados de los de la obra principal.

CONSULTA N1 2

Tramitado un Proyecto complementario de actuaciones en curso según el procedimiento indicado en los artículos 141.d) y 211.d) de la LCAP, pueden darse circunstancias que impidan la adjudicación y firma de su contrato en fecha anterior a la de finalización de la actuación principal.

No obstante, dado que la relación contractual no termina en tanto no se recibe la actuación, se liquida y se devuelve la fianza, no parece haber causa legal alguna que impida la perfección del contrato complementario incluso aunque se haya terminado el plazo vigente del principal, siempre y cuando las actuaciones preparatorias del contrato complementario sean anteriores a dicha fecha.

A la vista de lo anterior, se solicita dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la posibilidad de contratar las actuaciones complementarias previstas en los artículos 141.d) y 211.d) con fecha posterior a la de finalización del principal y, en su caso, sobre el trámite mínimo que se requiere en el procedimiento para poder acogerse a tal circunstancia@.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que plantea en su consulta la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas pueden resumirse en la siguiente forma. En primer lugar, si las actuaciones de la Administración en la fase de ejecución del contrato, en

función de la cual se ha adjudicado la ejecución de obras complementarias o consultoría y asistencia o servicios complementarios, puede ser objeto de tramitación única en el mismo acto y secuencia a las que se realizan en el contrato principal que justifica y motiva su adjudicación y, en tal sentido, cita certificaciones únicas mensuales, ya sean referidas a las obras o a la prestación de servicios, comprensivas de ambos contratos, plazo de ejecución común, régimen de revisión de precios con la misma fecha de origen de aplicación y la misma fórmula tipo o índice oficial, recepción y liquidación conjunta. En segundo lugar, si durante la tramitación de un expediente de contratación para la realización de obras complementarias o consultoría y asistencia complementarias se produjesen circunstancias que impidan su adjudicación antes de la conclusión del contrato principal se podría contratar tales obras o consultoría y asistencia con fecha posterior a tal conclusión y, en su caso, cual es el trámite mínimo que se requiere para acogerse a tal opción.

2. Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha manifestado su criterio sobre ambas cuestiones planteadas en su informe de 30 de junio de 1998 (expediente 20/98) por lo que debemos reproducir las consideraciones que entonces se formularon que ilustran especialmente la contestación a la primera consulta y responden a la segunda consulta.

Así, respecto de la primera cuestión, en el citado informe de 30 de junio de 1998 se indicaba:

A2. La solución a la primera cuestión planteada -la posibilidad de aplicar solo determinados trámites del procedimiento negociado- ha de partir de la idea de que tal posibilidad ha de fundamentarse en preceptos concretos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, pues de no existir tales preceptos deben entrar en juego las reglas generales que en dicha legislación se consideran o resultan aplicables al procedimiento negociado.

Los únicos preceptos concretos que se citan en el escrito de consulta para fundamentar la posibilidad de exceptuar de determinados trámites la utilización del procedimiento negociado son los propios artículos 141.d) y 211.d) en cuanto vienen a establecer que las obras, estudios o servicios que no reúnan los requisitos para tener la consideración de complementarios habrán de ser objeto de contratación independiente, pero a dicha expresión no puede dársele un alcance distinto al que tiene, si se observa, en primer lugar, que no se refiere a las obras, estudios o servicios complementarios sino a los que no reúnen tal carácter y, en segundo lugar, que con la referencia a contratación independiente, por una interpretación lógica y sistemática, se está aludiendo a la circunstancia de que en las obras, estudios o servicios no complementarios no podrá utilizarse el procedimiento negociado, sino que habrán de adjudicarse por los procedimientos en los que se actúa el principio de libre concurrencia, es decir, procedimientos abiertos y restringidos.

Por lo demás, las dos principales dificultades que, según se desprende del escrito de consulta, existen para la utilización de los trámites del procedimiento negociado y que son la necesidad de elaboración de nuevos pliegos y la intervención de la Mesa de contratación, deben descartarse como tales dificultades, ya que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, como definidores de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 50.1) y de las prescripciones técnicas que han de regir la ejecución de la prestación (artículo 52.1) han de ser elaborados para las obras, suministros y estudios, servicios o trabajos complementarios, sin que puedan automáticamente aplicarse los pliegos del contrato principal ya que las características jurídicas y técnicas de la prestación

complementaria, no es que puedan diferir, sino que normalmente diferirán, de las de la prestación principal o no complementaria .... A

Expuesta la cuestión en la forma señalada debe afirmarse nuevamente que ambos contratos, el que se refiere a la obra principal o a la consultoría o servicios principales son distintos del que comprende la ejecución de la actividad complementaria consecuente, por lo que su tramitación requiere el cumplimiento de los requisitos de los contratos establecidos en el artículo 11 de la Ley. La tramitación de expedientes distintos e independientes integrados cada uno por los documentos que expresa el artículo 68, es decir, certificación de existencia de crédito; aprobación del gasto, pliegos de cláusulas administrativas particulares, proyecto y pliego de prescripciones técnicas; requiere también la aplicación del correspondiente procedimiento de adjudicación, que evidentemente serán diferentes; acto de adjudicación del contrato que da lugar a la perfección de cada contrato; garantías definitivas distintas referidas al presupuesto base de licitación del contrato complementario, ejecución y trámite derivado del cumplimiento de cada contrato, que naturalmente serán distintos, con certificaciones de obras o de cumplimiento de prestaciones referidas a las previsiones contratadas, que no podrán confundirse; aplicación, en su caso, del régimen de revisión de precios mediante la fórmula tipo o índice específico que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.1, se aplicarán una vez se haya ejecutado el 20 por 100 del importe de cada contrato y hayan transcurrido seis meses desde la adjudicación de cada uno, calculándose los coeficientes de revisión en cada fecha respecto de la fecha final del plazo de presentación de presentación de las ofertas, en las subastas y en los concursos, que lógicamente corresponderán al contrato principal, y respecto de la fecha de adjudicación del contrato en el procedimiento negociado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.1 de la Ley. Cumplida la ejecución de las prestaciones contratadas corresponde efectuar los actos de recepción que serán necesariamente respecto de cada contrato y consecuentemente procederá practicar en cada caso la oportuna liquidación que pondrá fin a la relación contractual en función del transcurso del periodo de garantía que en cada caso se haya fijado.

Es decir, cada contrato requiere la práctica de los trámites y actos necesarios para su ejecución que han de ser independientes de los que proceda realizar en otros contratos con los que guarde relación, sin que el hecho de tener elementos de referencia con otros permita la unificación de actuaciones, toda vez que el legislador en las disposiciones relativas a la ejecución y cumplimiento de los contratos no estableció tal previsión. Cabría señalar, como referencia de detalle, que en nada se opondría a tal criterio la práctica de un único documento referido a actuaciones correspondientes a ambos contratos con el único requisito de que queden perfectamente diferenciados los actos que se refieren a cada contrato.

3. Respecto de la segunda consulta, procede reproducir las consideraciones expuestas en el citado informe de 30 de junio de 1998:

A3. En cuanto a la segunda cuestión planteada -la posibilidad de tramitar obras, estudios, servicios o trabajos complementarios una vez que el contrato principal haya finalizado- la contestación negativa parece imponerse si se tiene en cuenta que tal posibilidad vendría a desnaturalizar el carácter de complementarios de las respectivas obras, estudios y servicios o trabajos, pues si el contrato ha finalizado, y dicha expresión debe reconducirse a la de terminación de la ejecución de la prestación principal que se produce en el sistema de la Ley con la recepción, difícilmente puede alcanzarse a comprender como puede cumplirse el requisito de que las prestaciones complementarias no puedan separarse técnica o económicamente de la prestación principal o sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento (artículo 141.d) o

para las fases ulteriores (artículo 211.d), con independencia de que la solución positiva requeriría siempre la determinación legal de un plazo a partir de la recepción, -inexistente en la Ley- durante el que podrían contratarse por procedimiento negociado prestaciones complementarias.

La solución negativa que hemos referido a obras, estudios y servicios o trabajos complementarios tiene una excepción legalmente consagrada para los suministros, al establecer el artículo 183.e), con norma procedente de la Directiva 93/36/CEE, que la duración de las entregas complementarias así como de los contratos renovables no podrá, como regla general, ser superior a tres años.

Esta excepción deriva de la especial naturaleza del contrato de suministro, reflejada en la propia definición del supuesto de hecho, también procedente de la Directiva 93/36/CEE, que en contraposición a obras y a estudios, servicios o trabajos complementarios, ya no caracteriza a las prestaciones complementarias como las inseparables o estrictamente necesarias sino como la reposición de suministros o la extensión de los mismos cuando un cambio de proveedor de lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas y viene a demostrar que el plazo especialmente previsto para este supuesto no puede tener aplicación al de obras, estudios, servicios o trabajos complementarios.A

La aplicación a la consulta de las mismas consideraciones resulta obligada sin que a criterio de esta Junta Consultiva se estime necesario ampliar o matizar las mismas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que las prestaciones propias de los contratos que se adjudique para actuaciones complementarias de otros contratos del mismo tipo requieren tanto para la formación del expediente de contratación, como para cuantas actuaciones y trámites se efectúen para su ejecución y cumplimiento un tratamiento independiente y diferenciado del contrato principal, sin perjuicio de que puedan refundirse sólo en el aspecto documental, conforme se indica en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas.

2. Que las obras complementarias o las prestaciones derivados de consultorías y asistencias o de servicios complementarios no pueden contratarse una vez finalizada la ejecución de la prestación principal.

Informe 27/99, 30 de junio de 1999. "Renuncia por parte del contratista a la ejecución del contrato como causa de resolución del contrato".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Serrejón (Cáceres) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

?Este Ayuntamiento previo expediente de contratación ha adjudicado por procedimiento abierto y por la forma de subasta un contrato de ejecución de obra, estando formalizado el mismo; e incluso, efectuada la comprobación del replanteo, aunque sin la presencia del contratista, al cual le ha sido remitida copia del acta extendida por el Director de obra.

El adjudicatario de las obras ha presentado escrito del siguiente tenor literal:

?Renuncia expresa a la ejecución de las obras ?Reforma y rehabilitación de Viviendas Municipales?.

El motivo del presente escrito es, dirigirnos a usted a través del mismo para presentarle la renuncia del contrato que tenemos firmado con su Ayuntamiento, para la realización de las obras de ?Reforma y Rehabilitación de Viviendas Municipales (Casas de Maestros)?.

Como ustedes conocen, con fecha anterior a este escrito, nos personamos en su Ayuntamiento para comunicarle nuestra renuncia por los motivos que ustedes conocen, no estudiar la obra con la suficiente profundidad como para detectar que el capítulo de carpintería de madera venía infravalorado, hasta el punto de sernos imposible acometer con las obras?.

La renuncia por parte del contratista a la ejecución del contrato no está prevista en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como causa de resolución.

A la vista del documento presentado, ?debe considerarse que el contrato se ha incumplido y, por tanto, puede el órgano de contratación acordar la resolución del mismo por incumplimiento por parte del contratista?. ?O por el contrario, debe esperar hasta que se produzca la demora en el cumplimiento del plazo fijado para la ejecución de las obras?.

La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, en este caso, ?debe fijarse, como mínimo, en la cuantía que resulte de la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrate la ejecución de las obras?.

En atención a todo lo expuesto anteriormente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe de ese Órgano consultivo respecto a las cuestiones planteadas; rogándole que dada la imperiosa necesidad de acometer las obras con toda urgencia, éste sea evacuado en el menor tiempo posible?.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Dos son las cuestiones que se suscitan en el escrito de consulta, consistiendo la primera en determinar si constituye causa de resolución de un contrato de obras la renuncia expresa del contratista adjudicatario, una vez formalizado el contrato, a ejecutar las obras objeto del mismo o, por el contrario para la resolución ha de esperarse a que se produzca la demora en el cumplimiento del plazo fijado y la segunda en determinar si, resuelto el contrato, la indemnización de daños y perjuicios debe fijarse como mínimo en la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrate la ejecución de las obras.

2. Es cierto, como se consigna en el escrito de consulta, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se refiere a la renuncia del contratista, a diferencia del desistimiento de la Administración, como causa de resolución, ni en el artículo 112, aplicable a los contratos en general, ni en el artículo 150, específico del contrato de obras, por lo que la cuestión primera que se plantea debe quedar centrada en determinar si la renuncia del contratista puede encajarse en el citado artículo 112 y en su apartado g) en cuanto considera causa de resolución el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

A juicio de esta Junta Consultiva los términos en que aparece redactado el escrito de renuncia del adjudicatario no dejan duda de su intención de no ejecutar las obras, por imposibilidad de acometerlas se dice expresamente, por lo que, aunque no exista precepto expreso que configure la renuncia del contratista como causa de resolución debe entenderse que ello es debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que con carácter principal figura la de ejecutar las obras objeto del contrato adjudicado.

Por lo demás, en el presente caso, del escrito de consulta se deduce que existe por parte del contratista incumplimiento de la obligación esencial de asistir a la comprobación del replanteo, ya que según el artículo 142 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dicha comprobación debe efectuarse ?en presencia del contratista? y según el escrito de consulta la comprobación del replanteo se efectúo sin la presencia del contratista, al cual le ha sido remitida copia del acta extendida por el Director de la obra, ausencia del contratista que, con toda certeza, fue motivada por su renuncia expresa a la ejecución de las obras.

Por falta de datos, por guardar silencio sobre este extremo el escrito de consulta, no se alude al incumplimiento de otras obligaciones, como la de constitución de garantía definitiva anterior a la formalización, según el artículo 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuya falta daría lugar también a la resolución del contrato conforme al artículo 112, apartado d).

Como resumen de este apartado debe afirmarse que la renuncia expresa del contratista, sin perjuicio de otras, constituye causa de resolución del contrato, sin que sea necesario esperar a la demora en la ejecución para acordar la resolución.

3. En cuanto al segundo extremo consultado la fijación de los daños y perjuicios por parte del contratista en caso de resolución del contrato hay que acudir al artículo 114, apartado 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en los que excedan del importe de la garantía incautada.

El comentario al precepto transcrito sugiere las siguientes consideraciones. En primer lugar que los daños y perjuicios indemnizables por el contratista, en caso de resolución por causa imputable al mismo, son los efectivamente sufridos por la Administración contratante y aunque la cuestión de su fijación concreta es una cuestión de prueba que, en caso de discrepancia entre las partes, suele remitirse a la determinación de los Tribunales de Justicia, en el caso que contemplamos una de las partidas fácilmente acreditable que debe integrar la indemnización de daños y perjuicios la constituye la diferencia entre el importe del contrato adjudicado que se resuelve y el nuevo importe por el que se contrate la ejecución de las obras, pues si esta diferencia no se abonase a la Administración soportaría injustificadamente unos gastos que entran de lleno en la categoría de daños y perjuicios indemnizables. En segundo lugar y aquí hay que insistir nuevamente sobre la falta de datos acerca de la garantía definitiva, el propio artículo 114, apartados 4 y 5, en relación con el artículo 44 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, viene a señalar que los daños y perjuicios deben hacerse efectivos mediante la incautación de la garantía y en cuanto excedan del importe de la garantía incautada procederá su indemnización independiente.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que:

1. La renuncia expresa del contratista a la ejecución de un contrato de obras debidamente formalizado debe considerarse causa de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial del mismo de ejecutar las obras, sin perjuicio de que pueda apreciarse el incumplimiento de obligaciones concretas que operen el mismo efecto y sin que, en consecuencia, proceda esperar a que se produzca demora en la ejecución de las obras.

2. Que la indemnización de daños y perjuicios a la Administración, por resolución por causa imputable al contratista, debe comprender los efectivamente causados, entre ellos la diferencia entre el importe del contrato resuelto y el importe del nuevo contrato a celebrar para la ejecución de las obras.

Informe 37/99, de 12 de noviembre de 1999. "Cuestiones relativas a la interpretación del apartado 3 del artículo 68 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre retenciones adicionales para la liquidación de los contratos y respecto de la consideración de conceptos expresados en la disposición transitoria sexta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social".

ANTECEDENTES.

El Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, remite escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

"ASUNTO: RETENCIONES ADICIONALES PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.

La ausencia de desarrollo normativo o de unas mínimas instrucciones de aplicación del apartado 3 añadido al artículo 68 de la LCAP por el artículo 56 de la Ley 50/98 y de su Disposición Transitoria 60, especialmente creada para Fomento y Medio Ambiente, produce un vacío de criterios prácticos del que ya se están derivando dudas de procedimiento e interpretaciones dispersas, peculiares y en algún caso, contrarias al propio texto legal y de las que no se deducirá resultado positivo alguno para los organismos gestores afectados.

Sería conveniente para la Dirección General la pronta aparición de normas o instrucciones redactadas por los Órganos competentes en la materia y, en su ausencia se necesita aclaración, al menos, de los puntos que se enumeran a continuación y sobre los que se solicita informe de esa Junta Consultiva:

1. Sobre el apartado 3 del artículo 68 LCAP (art. 56).

1.1. Momento de la adjudicación. Se debe precisar si se refiere a la fecha de la aprobación por el Órgano de contratación de la adjudicación al contratista, o a la de la firma del contrato, Igualmente se debe concretar si en ese momento hay que llevar el retenido adicional hasta la fase de dispuesto junto con los créditos de la obra.

1.2. Contratos afectados. Se debe precisar si son sólo los iniciales o principales de cada obra o si están también incluidos sus modificados o complementarios. En este último caso se debe concretar el procedimiento a seguir respecto a su fusión con retenidos ya existentes del principal y/o modificaciones anteriores.

1.3. Ejercicio de aplicación. Se debe precisar si la discrecionalidad que permite el texto sobre el ejercicio es aplicable por el Órgano de contratación a su entero albedrío, sin cortapisas para elegir año, o para poner, quitar, cambiar o fraccionar cuantías de retenido en función de datos reales, cuando lo estime conveniente y sin necesidad de justificar su decisión ante las unidades de contabilidad de la Intervención Delegada.

2.- Sobre la Disposición transitoria 60

2.1 Obra nueva. Se debe precisar si el alcance del término se limita al contenido de la inversión incluida en los art. 60 del presupuesto, o se extiende a los contratos iniciales de cualquier obra, con independencia de la ubicación presupuestaria de sus créditos.

2.2. Obra en curso. Se debe precisar si el término indicado es de aplicación sólo a las obras con consumo actual de créditos vigentes o a las que estando pendientes de su resolución formal no consumen crédito, aunque mantengan una disposición residual de gasto. Más concretamente, procede deslindar si su aplicación es sólo a las obras en ejecución o si también se extiende a las obras finalizadas sin liquidación iniciada o a aquellas obras con liquidación realizada y técnicamente válida, con cuantía definida y aceptada por el Órgano de contratación pero cuya fase económica del expediente aún no ha dado comienzo.

2.3. Precio. Se debe precisar si en tal concepto se incluye el coste del contrato inicial o si procede adicionar a este coste el de los contratos modificados, reformados, etc. y las cifras de revisión de precios, daños por la ejecución, etc. existentes a la entrada en vigor de la ley (en consonancia con el apartado 1.2)..

2.4. Ejercicio de aplicación. Valen las precisiones solicitadas para 1.3.

2.5. Retención para los contratos. Se debe precisar si procede realizar la retención para cada obra concreta o puede hacerse una global por el importe correspondiente a todas las obras en curso. Igualmente, se debe precisar el procedimiento para ajustar la cifra real de la liquidación, una vez conocida, al valor fijado por la Ley y eliminar o añadir las cantidades pertinentes respecto al 10% retenido.

3. Sobre el cumplimiento presupuestario. Las prescripciones contenidas en el artículo 61 apartado 3 y 5 hacen mención a número de ejercicios y porcentajes y a su modificación por el Gobierno. Se debe precisar si, puesta de manifiesto la necesidad por el Órgano gestor, tales modificaciones se producirían de oficio o mediante la habitual petición y lenta tramitación hasta su aprobación a petición del Ministerio de Economía y Hacienda. Igualmente se deben desarrollar y precisar los mecanismos pertinentes para obtener la rápida eliminación de los retenidos no utilizables de forma que el Órgano gestor no se vea obligado a perder tales créditos en detrimento de su nivel de ejecución presupuestario".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada conviene realizar algunas precisiones en orden a su determinación, dado que la redacción del escrito de consulta puede suscitar algunas dudas al respecto.

Las competencias que el artículo 10 de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y los artículos 1 y2 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre su régimen orgánico y funcional, se atribuyen a la misma, no incluyen la de proposición de normas de desarrollo de la legislación de contratos ni la de cursar instrucciones de aplicación de las existentes, por lo que tal defecto apreciado por la Dirección General, en su demanda de pronta aparición de las normas que considere necesarias debe ser expuesto a los órganos competentes de la ordenación de los sistemas de contratación en el ámbito orgánico y funcional en el que se inscribe.

Del mismo modo, cuantas consideraciones se formulan en este informe se refieren a la interpretación de la misma en su contexto relativo a la regulación de los contratos,

sin que pueda ser objeto de informe por esta Junta Consultiva cuestiones de carácter netamente presupuestarias sobre las que deben pronunciarse en sus diferentes ámbitos la Dirección General de Presupuestos y la Intervención General de la Administración del Estado, toda vez que la materia regulada en el apartado 3 del artículo 68 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lejos de afectar a aspectos propios de la regulación jurídica formalizada entre la Administración y el contratista, que se enmarcan en el propio contrato, se refiere a aspectos singulares del proceso de ejecución del gasto vinculado necesariamente al contrato, referidos al cumplimiento de la liquidación del contrato y la necesidad de que el órgano de contratación disponga de un remanente de crédito que se determina en un 10 por 100 del importe de adjudicación.

Por otra parte debe ponerse de manifiesto que se solicita la interpretación de dos preceptos distintos, el apartado 3 del artículo 68 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la disposición transitoria sexta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2. Respecto de la interpretación del artículo 68.3, la única cuestión que se plantea en el presente expediente es la de determinar el alcance interpretativo de diferentes conceptos que se refieren en el escrito de consulta. Para ello parece conveniente reflejar el texto literal del apartado citado:

3. A efectos de la liquidación de los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 por 100 del importe de la adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago.

En primer lugar, se desea conocer cómo debe interpretarse la expresión "momento de la adjudicación" si referido a la fecha de aprobación de la adjudicación o a la de la firma del contrato. El artículo 54 de la Ley determina, sin dificultad alguna de interpretación, que los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, por lo que el momento de la adjudicación es aquel en el que se adopta el acuerdo y se ejecuta mediante su notificación al interesado en los términos establecidos en el artículo 94.1 de la misma. En modo alguno puede ser referida a la fecha de formalización del contrato, que se verifica por su firma, toda vez que para que tal acción se realice, como uno de los requisitos del contrato establecido en el artículo 11.2, letra h), es condición necesaria la previa adjudicación del contrato y la necesaria constitución de la garantía definitiva, en los términos establecidos en el artículo 55.

En cuanto se refiere al momento en que debe formalizarse la retención adicional del crédito, cabe precisar que la relación entre las fases de adjudicación del contrato, en la regulación establecida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a de disposición del gasto, regulada en la legislación presupuestaria, no es materia sobre la que corresponda emitir criterio por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por cuanto no afecta, como se indica, a la relación contractual, sino a la gestión presupuestaria íntimamente ligada a aquella.

En segundo lugar, se solicita el criterio interpretativo de si los contratos afectados por las acciones reguladas en el apartado 3 del artículo 68 se refieren a los contratos iniciales o principales de cada obra o si también están incluidos sus modificados o complementarios. La literalidad del texto del apartado examinado tampoco deja lugar a dudas interpretativas, cuando señala que en los contratos de obra de carácter

plurianual, se efectuará una retención adicional del crédito. El precepto no se refiere a los contratos complementarios, en el concepto que sobre los mismos establece el artículo 199.3, por lo que no puede extenderse a los mismos tal previsión, ya que si el legislador hubiera pretendido tal aspecto solo tendría que haber incluido en el texto de la modificación introducida en la Ley tal relación expresa, y en cuanto se refiere a los contratos de obras que tienen relación respecto de la ejecución de obras complementarias de otro principal debe hacerse hincapié que siempre se tratarán de contratos distintos del principal tramitados en un expediente de contratación separado e independiente, por lo que habrá de examinarse si también en tales contratos complementarios su duración se extiende a más de un ejercicio presupuestario al efecto de precisar el cumplimiento de la condición establecida en el texto del apartado que examina respecto de los contratos plurianuales. Respecto de las modificaciones de los contratos cabe precisar que por si mismas no constituyen un contrato separado e independiente sino que se trata, como se expresa en el artículo 146 de la Ley, y así lo ha hecho constar esta Junta Consultiva en su informe de 11 de junio de 1998 (expediente 8/98), de alteraciones de un contrato previamente concertado, por lo que desde el punto de vista de interpretación de las normas reguladoras de la contratación nada cabe precisar al respecto, debiendo determinarse desde la perspectiva de gestión presupuestaria la interpretación del precepto desde tal enfoque.

En tercer lugar se plantea la consulta refiriendose al ejercicio de aplicación de la retención de crédito efectuada en el momento de la adjudicación del contrato. La literalidad del texto es manifiesta, ya que la opción de elección que el legislador establece no se refiere a una libertad absoluta de elección sino que ésta se condiciona por la fecha en la que se prevea por el órgano de contratación que se va a proceder al pago de la liquidación del contrato ligado necesariamente a los plazos establecidos en el artículo 148, es decir de seis meses desde la fecha del acta de recepción, por lo que, consecuentemente la norma no puede fijar de antemano cual será el ejercicio presupuestario de aplicación habida cuenta que tal periodo de tiempo tan amplio puede dar lugar a la variación del ejercicio presupuestario en que se aplique.

3. Respecto de cuestiones relativas a la interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, también debe reflejarse en este informe el texto literal de la misma para así facilitar su interpretación.

Disposición transitoria sexta. Contratos de obra nueva en curso.

Uno. A la entrada en vigor de esta Ley, los centros gestores de los Ministerios de Fomento y de Medio Ambiente efectuarán, para los contratos de obra nueva en curso, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, una retención del 10 por 100 del precio de adjudicación aplicable al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de las obras o al siguiente según el momento en que se prevea realizar el pago.

Dos. Estas retenciones computarán a efectos de los límites establecidos en el artículo 61.3 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

Tres. Si como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior se superasen los indicados límites, se estará a lo dispuesto en el artículo 61.5 del citado texto refundido.

De todas las cuestiones sobre las que la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas solicita el pronunciamiento interpretativo de esta Junta Consultiva, tan solo la primera referida a la precisión del alcance del término obra

nueva puede tener una referencia con aspectos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que respecto de las restantes cuestiones la interpretación que se demanda excede del carácter relación contractual o del contenido de un expediente de contratación y se relacionan con aspectos propios de la gestión presupuestaria.

En cuanto se refiere al concepto de obra nueva, utilizado en el texto de la disposición transitoria que se examina, cabe señalar que no existe como tal en la citada Ley, por lo que necesariamente debe ser identificado entre los supuestos enumerados en el artículo 123 de la misma, sobre clasificación de las obras en relación con la elaboración de proyectos con el de obras de primer establecimiento definido en el apartado 2 del artículo, toda vez que las definiciones de los restantes supuestos contenidas en los demás apartados se refieren a actuaciones sobre inmuebles ya existentes.

La referencia a si las acciones de la obra nueva tienen un mayor o menor alcance respecto de su implicación presupuestaria obviamente no guarda relación alguna con los aspectos propios y esenciales de la contratación.

Respecto de la referencia a las obras en curso cabe precisar el mismo criterio expuesto en el párrafo anterior, ya que la expresión obras en curso desde el punto de vista de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tan solo puede ser entendida como referida a aquellas que se encuentran en ejecución sin haber sido recibidas en la precisión de que hasta la recepción de la obra el contrato se encuentra en ejecución y a partir de su recepción entra en curso el plazo de garantía que una vez cumplido, si no restan obligaciones pendientes de cumplir, implica la extinción del contrato conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 149.

En lo referente al precio del contrato, cabe señalar que la interpretación del concepto en los criterios mantenidos por esta Junta Consultiva de forma reiterada se considera como tal respecto de las modificaciones el importe del contrato constituido por su importe inicial al que se acumularán el de las modificaciones producidas hasta el momento de considerarse la aplicación del mismo, y en tal sentido se expresa el artículo 150, letra e) de la Ley cuando señala la referencia al precio respecto de las modificaciones que por el mismo operan en el momento de aprobarse la respectiva modificación, expresión coincidente con la de la letra d) del artículo 141.

Finalmente, en cuanto se refiere a la práctica de una retención global por el importe correspondiente a todas las obras en curso o a una retención específica para contrato cabe señalar que la literalidad del precepto excluye toda posible variación interpretativa al señalar que para los contratos de obra nueva en curso, lo que obliga a identificar la retención con el contrato, habida cuenta que la finalidad del precepto es la disposición de crédito con que afrontar los pagos de liquidación del contrato que obviamente se identifican con un contratista determinado y no con una generalidad de contratistas, lo que permitiría una interpretación del precepto referida a la retención global aludida.

4. En cuanto afecta a la cuestión que se plantea en el último apartado del escrito, sobre cumplimiento presupuestario, obviamente no es materia referida a la contratación, por lo que huelga el pronunciamiento de esta Junta Consultiva.

Informe 49/99, de 21 de diciembre de 1999. "Consideración como excepcionales los expedientes de contratación cuyo objeto es la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra por el contratista".

ANTECEDENTES.

1. Por la Subsecretaría del Ministerio de Educación y Cultura se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En determinados expedientes de contratación tramitados en este Departamento, se viene utilizando el procedimiento de contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, recogido en los artículos 86a), 122 y 125 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

En relación a dichos expedientes, se han planteado algunas discrepancias entre los órganos gestores y la Intervención Delegada en el Departamento. Una de estas discrepancias, referida al momento procedimental en que debe de verificarse la fiscalización de los expedientes para la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra se resolvió con el dictamen, solicitado por la Intervención General de la Administración del Estado para fijar criterios al respecto, y emitido por esa Junta Consultiva de Contratación con fecha 11 de noviembre de 1998 solicitado por la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de Educación y Ciencia.

Una segunda discrepancia se plantea en relación a la consideración o no del procedimiento de contratación conjunta proyecto y obra como excepcional, toda vez que la IGAE en su informe emitido como consecuencia del dictamen de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 11 de noviembre de 1998, lo considera como tal.

Con motivo de esta consideración, la Intervención Delegada en el Departamento eleva consulta a la IGAE sobre los criterios que se deben de utilizar para considerar la justificación de la elección del procedimiento conjunto proyecto y obra.

Los argumentos aportados por la Intervención General se concretan en la calificación del mencionado procedimiento como excepcional y en la consiguiente necesidad de justificar su elección por razones de carácter técnico.

Los pliegos de los expedientes que se tramitan en este Departamento por el procedimiento de contratación conjunta proyecto y obra han sido informados favorablemente por el Servicio Jurídico del Estado y en los expedientes consta la justificación de la falta de medios humanos y materiales por parte de la Administración para la elaboración de los proyectos, así como la justificación de la necesidad de emplear el procedimiento de contratación conjunta proyecto y obra.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en sus artículos 86a), 122 y 125 que recogen el procedimiento de contratación conjunta proyecto y obra, no lo califican en ningún momento como excepcional. Únicamente el artículo 70.1 establece la excepcionalidad de este procedimiento en cuanto al momento de la aprobación del gasto de estos expedientes.

La excepcionalidad de este procedimiento se recoge en el proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones

Públicas, que en su artículo 125.1 reconoce el carácter excepcional de la contratación conjunta de elaboración del proyecto y ejecución de las obras correspondientes y en el mismo se determinan los supuestos en los que dicho procedimiento puede aplicarse.

A la vista de estos argumentos, y para la tramitación de futuros expedientes hasta tanto nos se apruebe la modificación de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita, en virtud de lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, parecer de esta Junta Consultiva en relación a al excepcionalidad o no del procedimiento de contratación conjunta proyecto y obra, y en su caso, determine los criterios que se deben utilizar para considerar la justificación de la elección del procedimiento citado."

2. Conforme se indica en el anterior escrito se adjuntan al mismo fotocopia de los siguientes documentos:
a) Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 15 de julio de 1998.
b) Informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 11 de noviembre de 1998.
c) Escrito de la Intervención General de la Administración General del Estado de fecha 3 de febrero de 1999 que en la documentación remitida se titula informe, dirigido a los Interventores Generales de la Defensa y de la Seguridad Social y a los Interventores Delegados.
d) Contestación de la Intervención General de la Administración del Estado de fecha 29 de junio de 1999, que también se califica de informe, a la consulta elevada por la Intervención Delegada del Ministerio de Educación y Cultura.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo y condicionante respecto a la cuestión de fondo suscitada -la de si la contratación conjunta de elaboración de proyecto y obra es o no excepcional en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- han de realizarse algunas consideraciones acerca de la forma en que se plantea la consulta, pues la misma -se dice- surge como consecuencia de discrepancias entre los órganos gestores y la Intervención Delegada y, por otra parte, como elementos ilustrativos se remiten dos documentos de la Intervención General del Estado de fecha 30 de febrero y 29 de junio de 1999, que se califican de informes, y que van dirigidos, el primero, a los Interventores Generales de la Defensa y de la Seguridad Social y a los Interventores Delegados en Ministerios, Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, Regionales y Territoriales de la Administración, y el segundo, a la Interventora Delegada en el Ministerio de Educación y Cultura en contestación a una consulta de la misma.

2. Resulta evidente, conforme a la legislación vigente, que las discrepancias entre los órganos gestores y la Intervención tienen su cauce y forma de resolución específicos, ya que a tenor del artículo 98 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, en el caso de reparos de la Intervención a la actuación de órganos gestores que no se encuentren conformes con dichos reparos, corresponderá su resolución a la Intervención General de la Administración del Estado o al Consejo de Ministros, según que el reparo proceda de una Intervención Delegada o de la Intervención General de la Administración del Estado aunque el de esta última sea confirmación del suscitado por la Intervención Delegada.

En el presente caso, por tanto, no corresponde a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la resolución de la posible discrepancia entre el órgano gestor y la Intervención, sin que tampoco el informe de esta Junta pueda servir de base a la manifestación formal de la discrepancia, pues en modo alguno esta Junta Consultiva debe ocupar el lugar y sustituir la función que corresponde al Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Educación y Cultura a quien corresponde la función asesora de los órganos integrados en el Departamento, incluyendo esta función asesora la relativa a los criterios que el órgano gestor del Ministerio de Educación y Cultura considere oportuno poner de manifiesto a los efectos del citado artículo 98 de la Ley General Presupuestaria.

3. Una breve referencia hay que hacer en relación con la función de la Junta Consultiva respecto a otros informes jurídicos, dado que en la documentación remitida se califican como tales a los de la Intervención General de la Administración del Estado de fecha 3 de febrero y 29 de junio de 1999, aunque, desde el punto de vista procedimental, no pueden ser calificados de informes, sino de escritos en los que la Intervención General expone sus criterios sobre un determinado punto a las Intervenciones de ella dependientes o contesta a una consulta elevada por la Intervención Delegada del Ministerio de Educación y Cultura, lo que perfectamente puede hacer, por entrar dentro del ámbito de sus específicas competencias.

No obstante, aún admitiendo que se tratase de informes emitidos por la Intervención General en procedimientos de los órganos gestores, ninguna efectividad práctica tendría el pronunciamiento de esta Junta Consultiva, pues, como reiteradamente ha declarado, no existe en el ordenamiento jurídico español un sistema de alzadas en materia de informes de manera que, salvo en el caso de informes vinculantes, el órgano que ha de tomar la correspondiente decisión quedaría en libertad de seguir los criterios de uno u otro informe, en el caso de ser varios los existentes.

4. Hechas estas consideraciones generales e insistiendo en que el parecer de esta Junta Consultiva no tiene valor para resolver las discrepancias entre los órganos gestores del Ministerio de Educación y Cultura y la Intervención Delegada o la Intervención General de la Administración del Estado ni para rectificar por vía de informe los criterios de esta última, han de realizarse algunas consideraciones sobre la cuestión de fondo planteada consistente en calificar el contrato para la elaboración de proyecto y ejecución de obra como excepcional o no.

Del diverso sentido que puede darse al término "excepcional" en la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, comenzando por el primero como aquel supuesto que solo se puede acudir en los casos taxativos previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como sucede con la tramitación de emergencia (artículo 73) o la utilización del procedimiento negociado (artículo 76 en relación con los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211), resulta evidente que la contratación conjunta de proyecto y obra no es un supuesto excepcional puesto que la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no establece taxativamente en qué supuestos puede acudirse a esta contratación conjunta. Así queda avalado, además, por la nueva redacción del artículo 125 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluida en el proyecto de modificación de la citada Ley, todavía no publicada en el Boletín Oficial del Estado, y, por tanto, sin valor de norma jurídica que establece que la contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de las obras correspondiente tendrá carácter excepcional y sólo podrá aplicarse en los siguientes supuestos: a) cuando el sistema constructivo pudiera resultar determinante de las características esenciales del proyecto, y b) cuando las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de trazado, diseño y presupuesto.

5. Ahora bien el significado del término "excepcional" puede utilizarse como el de aquel supuesto que, sin tener causas taxativas para su utilización, se aparta de los supuestos que se consideran normales y que requieren una justificación para su utilización que es lo que, en realidad, parece plantearse en este expediente. En este sentido esta Junta Consultiva, reiterando criterios de sus informes de 25 de febrero de 1965 (expediente 13/65) y de 30 de junio de 1972 (expediente 13/72) que, aunque expuestos en relación con la entonces vigente Ley de Contratos del Estado, conservan plena validez en relación con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sostiene que la contratación conjunta de proyecto y obra "se aparta de lo que puede estimarse normal en la doctrina legal de la contratación administrativa" y por tanto requiere una justificación, como por otra parte, el propio escrito de consulta viene a reconocer al señalar que los pliegos de los expedientes que se tramitan en este Departamento por el procedimiento de contratación conjunta de proyecto y obra han sido informados favorablemente por el Servicio Jurídico del Estado y en los expedientes consta la justificación de la falta de medios humanos y materiales por parte de la Administración para la elaboración de los proyectos, "así como la justificación de la necesidad de emplear el procedimiento de contratación conjunta de proyecto y obra".

Por lo demás, la diferenciación entre supuestos a los que sólo se puede acudir en casos taxativos marcados por la Ley y necesidad de justificación aparece claramente reflejada en el artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el que, después de señalar que los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación y que el procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II para cada clase de contratos establece que "en todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizadas", es decir que la necesidad de justificación no se vincula en la Ley a los supuestos de procedimiento por causas taxativas, sino a procedimientos normales como la subasta y el concurso, criterio que sin dificultad puede aplicarse al caso concreto que examinamos.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los informes de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa no constituyen resolución ni pueden servir de resolución a discrepancias entre órganos gestores del Ministerio de Educación y Cultura y la Intervención Delegada o la Intervención General de la Administración del Estado, que habrán de plantearse y resolverse por la vía marcada por el artículo 98 de la Ley General Presupuestaria.

2. Que la contratación conjunta de proyecto y obra no puede considerarse un supuesto al que sólo quepa acudir en los casos taxativamente marcados, hasta tanto entre en vigor la nueva redacción prevista en el proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que, no obstante lo anterior, la utilización de la citada contratación conjunta deberá contar con la oportuna justificación en el expediente, toda vez que se separa de lo que puede considerarse contratación normal e independiente de elaboración de proyecto, por un lado, y ejecución de obra, por otro.

Informe 65/99, de 21 de diciembre de 1999. "Sistema de revisión de precios aplicable respecto de los anticipos por maquinaria".

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El dictamen 10/99, de 30 de junio de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, establece la siguiente conclusión:

"A diferencia de los abonos por acopio de materiales, susceptibles de revisión y cuyo importe debe computarse en el 20 por 100 exento de revisión, los abonos o anticipos a cuenta por maquinaria no son revisables, todo según los criterios del informe de esta Junta de 18 de noviembre de 1983 (expediente 67/83), ni su importe, en consecuencia, puede computarse a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión".

En interpretación de los referidos dictámenes algunos Organismos -y, en particular, las Demarcaciones de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, Dirección General de Costas- mantienen el criterio de que al no ser revisables los anticipos de maquinaria esto significa, no sólo que los importes abonados en tal concepto no son revisables ni su importe habrá de computarse a efectos de determinar el 20% de obra ejecutada exento de revisión, sino que al reintegrarse estos anticipos en las correspondientes certificaciones de obra ejecutada, el importe revisable será el que resulte de deducir del importe de obra ejecutada el reintegro de dichos anticipos.

Entiende la CNC que las Demarcaciones de Costas hacen una incorrecta interpretación de su contenido, ya que confunden la revisión de los anticipos de maquinaria con la revisión de certificaciones de obra ejecutada en las que se haya producido, a efectos de pago, una deducción por reintegro de dichos anticipos, cuestión esta última sobre la que no contiene pronunciamiento alguno al referido dictamen.

En consecuencia, se consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cual es la interpretación y aplicación correcta del dictamen 10/99 referenciado, en cuanto a la revisión de precios de los abonos o anticipos a cuenta por maquinaria y, más concretamente, en cuanto a la revisión de las certificaciones de obra ejecutada en las que se hayan efectuado las correspondientes deducciones para el reintegro de los mismos".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Ante todo se dan por reproducidos los razonamientos y conclusiones de nuestros anteriores informes de 18 de noviembre de 1983 (expediente 67/83) y de 10 de junio de 1999 (expediente 10/99) en cuanto a la distinta consideración de los abonos por acopios de materiales y de los abonos o anticipos a cuenta por maquinaria a efectos de revisión de precios y cómputo de su importe en el umbral exento de revisión y debemos centrarnos en la cuestión planteada en el escrito de consulta de si resulta correcto el criterio de que al reintegrarse los anticipos por maquinaria de las

correspondientes certificaciones de obra ejecutada el importe revisable será el que resulte de deducir del importe de obra ejecutada el reintegro de dichos anticipos.

2. Para resolver la cuestión suscitada se hace preciso realizar ciertas consideraciones sobre la regulación de los abonos o anticipos por instalaciones recogida en el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

La cláusula 55 del citado pliego fija las limitaciones de los abonos a cuenta por instalaciones y equipo. En primer lugar se establece un límite superior de estos abonos en el valor de las instalaciones y equipos afectando a determinadas instalaciones de una minoración porcentual del valor de las mismas. En segundo lugar se limita el importe de este tipo de abonos al importe amortizable de los equipos en la fase considerada de la obra.

De esta cláusula se desprende que en el pliego se ha considerado la posibilidad de adelantar al contratista adjudicatario el importe de las amortizaciones de instalaciones y equipos que deben imputarse a la obra. Con la primera limitación de dicha clausula se supone que el equipo o la instalación se amortiza totalmente durante la ejecución de la obra, y con la segunda limitación se considera implícitamente que los equipos e instalaciones se amortizan parcialmente durante la ejecución del contrato de obra, siendo esta, la razón de tener en cuenta como limitador el importe amortizable de la fase considerada de la obra.

Esta Junta Consultiva considera que los Directores de la obra en la justificación del importe de estos abonos, deberán poner especial cuidado en sobrepasar un porcentaje a justificar de la repercusión de los equipos en las unidades de obras en las que intervienen de acuerdo con el cuadro de precios descompuesto del proyecto, cuando este exista, y teniendo en cuenta que dicha repercusión contiene la amortización del equipo o instalación, por una parte, y los gastos de funcionamiento por otra, siendo solamente objeto de abono por adelantado los gastos de amortización. De no producirse el adelanto de los gastos de amortización de equipos y maquinaria por parte del órgano de contratación, a favor del contratista, permanecerían constantes durante la ejecución del contrato, de lo que se deduce, que en el caso de reintegro de estos abonos por parte del contratista al órgano de contratación, no deben de estar afectados por ninguna revisión de precios al alza o a la baja, circunstancia que se produciría si de la obra ejecutada en el período de abono de certificaciones se detrajera la cantidad para la amortización del abono adelantado por instalaciones y equipos, produciendo perjuicio a una de las partes -contratista u órgano de contratación- por el mero hecho de no considerar la revisión de precios asociada a la detracción de la parte de obra ejecutada.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los reintegros de los abonos adelantados por instalaciones y equipos no deben estar afectados por ninguna revisión de precios y por lo tanto, lo procedente será valorar la obra ejecutada durante el período de abono de certificaciones, aplicando a las mediciones los precios del contrato, y, a continuación, efectuar el descuento de los abonos por acopios de materiales, si así procediera, y una vez obtenido este resultado aplicarle la revisión de precios. Finalmente de este último resultado procede efectuar la detracción para el reintegro de abonos a cuenta por instalaciones y equipos.

Contratos de Gestión de Servicios Públicos

Informe 33/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Aplicación a los concesionarios de contratos de gestión de servicios públicos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los contratos de obra que deseen adjudicar.

ANTECEDENTES

1. Por el Secretario de Estado de Política Territorial y Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas Transportes y Medio Ambiente, en su calidad de Delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Con motivo de una petición de Autopistas, Concesionaria Española, S.A., titular de la concesión administrativa de las autopistas Barcelona-La Junquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, de autorización para adjudicar unas obras al amparo de lo establecido en el artículo 141, apartado b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), esta Delegación del Gobierno solicitó informe sobre la procedencia de dicha adjudicación al Servicio Jurídico de este Ministerio.

En su informe el citado Servicio Jurídico, entre otras consideraciones, se plantea dos alternativas respecto a la aplicabilidad de la mencionada LCAP, a saber:

a) Entender que la nueva LCAP ha derogado (Disposición Derogatoria Unica 2) las normas específicas sobre autopistas objeto de concesión administrativa en la materia (Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y el Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión), lo que supondría que el procedimiento de adjudicación de contratos que al concesionario de una autopista celebre con terceros, puede ser cualquiera de los regulados en la LCAP.

b) Entender que las normas específicas citadas siguen vigentes en la medida que no se oponen a la regulación general contenida en el texto de la LCAP.

El criterio del Servicio Jurídico es estimar como más plausible la segunda de las alternativas señaladas, si bien manifiesta que esta conclusión debe someterse a la consideración de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

A la vista de lo expuesto, se solicita se informe a esta Delegación del Gobierno sobre el criterio que respecto al tema planteado tiene ese Organo Consultivo, así como sobre cualquier otro aspecto que, en relación con el mismo, se juzgue de interés por esa Junta Consultiva".

2.- Al anterior escrito, conforme se consigna en el mismo se acompaña la siguiente documentación:

a) Escrito de Autopistas, Concesionaria Española, S.A. dirigido a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje manifestando que la sociedad concesionaria "*tiene la intención de encargar los trabajos correspondientes a la construcción del Proyecto complementario del Enlace de Canet de Mar al mismo contratista adjudicatario de las obras que realiza*

la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña, al amparo de lo dispuesto en el artículo 141, apartado b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre que esa Delegación del Gobierno no encuentre inconveniente".

b) Informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente en el que se recogen las dos alternativas transitorias en el escrito de consulta, estimando más plausible la segunda, -considerar vigentes las disposiciones de la Ley 8/172, de 10 de mayo y el Decreto 215/1973, de 25 de enero, por no oponerse a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y entender que el contrato debe adjudicarse por concurso, salvo que otra cosa se establezca validamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares- no obstante lo cual considera conveniente someter dichas alternativas al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si los concesionarios de autopistas, para los contratos de obras que celebren, pueden utilizar los procedimientos de adjudicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entre ellos el procedimiento negociado, si por el contrario, estos contratos deben adjudicarse por concurso, excluyendo, por tanto, el procedimiento negociado, salvo que el Pliego de cláusulas particulares, modificando el Pliego general establezca otra cosa. Así enunciada la cuestión suscitada ha de ser resuelta mediante una interpretación conjunta de los preceptos de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas y de los aplicables a las autopistas en régimen de concesión, incorporados básicamente a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y al Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

2. La Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, establece en su artículo 3, apartado 4, que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los concesionarios de obras públicas que no sean poderes adjudicadores apliquen las reglas de publicidad definidas en diversos apartados del artículo 11 y en el artículo 16, en la adjudicación de obras a terceros, cuando el valor de estos contratos sea igual o superior a 5.000.000 de Ecus, aclarando que sin embargo no será necesaria la publicidad cuando un contrato de obras reúna las condiciones enumeradas en el apartado 3 del artículo 7, es decir, las que justifican la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. El Anexo VI de la propia Directiva incluye el modelo de anuncio de contratos de obras concertados por el concesionario, entre cuyas menciones, el apartado 7 se refiere a criterios que se seguirán para adjudicar el contrato.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en este punto, sigue casi literalmente el reseñado precepto de la Directiva comunitaria, dedica su artículo 133 a la regulación de los contratos de los concesionarios particulares, estableciendo que el concesionario de un contrato de obras públicas deberá someter los contratos que celebre con un tercero a las normas de publicidad establecidas en el artículo 135.2 (que hace referencia a la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de los contratos de obras por procedimiento abierto, restringido o negociado del artículo 140) salvo que el precio del contrato sea inferior a 681.655.208 pesetas, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido o que el procedimiento utilizado sea el negociado sin publicidad.

De la normativa comunitaria incorporada a la legislación española vigente y de ésta última se desprende que la regulación de los contratos de obras que celebran los concesionarios ha sufrido una profunda transformación, ya que de estar sujetos los concesionarios particulares sólo a respetar el principio de no discriminación de los contratantes en razón a su nacionalidad (artículo 29 bis párrafo tercero de la Ley de Contratos del Estado) han pasado a estar sometidos al régimen de adjudicación de contratos que establece la Directiva 93/37/CEE incorporado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho régimen de adjudicación se aplica a todos los concesionarios de obras que no sean Administraciones Públicas, pero sólo para contratos de obras de cuantía igual o superior a 681.655.208 pesetas (cifra equivalente a 5.000.000 de Ecus) y en este régimen está comprendida la posible utilización del procedimiento negociado sin publicidad, ya que así se desprende de la dicción expresa del artículo 3, apartado 4, de la Directiva 93/37/CE y del artículo 133 1 b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. El artículo 26 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, establece que el concesionario de autopistas de peaje podrá verificar directamente la obra o contratar total o parcialmente su realización en la forma que establezcan los pliegos de la concesión, obligando ésta última remisión a acudir a la cláusula 68 del Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión a cuyo tenor "en caso de que el concesionario no realice las obras directamente su contratación se verificará conforme a los principios de publicidad y libre concurrencia a través del procedimiento de concurso". Es evidente que, según la cláusula 1 del propio Pliego general, los Pliegos de cláusulas particulares pueden modificar aquél y, en concreto, el sistema de adjudicación de los contratos dejando de ser preceptiva la adjudicación por concurso.
Con arreglo, por tanto, a la normativa específica aplicable a los concesionarios de autopistas de peaje hay que sostener que los contratos de obras que celebren, cualquiera que sea su cuantía, han de ser adjudicados por concurso, salvo que el Pliego de cláusulas particulares, modificando el Pliego general, establezca otra modalidad de adjudicación, subasta o procedimiento negociado, lo que no ha sucedido en el caso sometido a consulta.

4. Como ya indicábamos al principio de este informe, la cuestión suscitada tiene que ser resuelta con una interpretación conjunta de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y los que determinan el régimen jurídico de las concesiones de autopistas de peaje, ya que la conclusión sentada en el apartado 2 para todos los concesionarios -posibilidad de utilizar el procedimiento negociado- puede quedar desvirtuada por la normativa específica de la concesión de autopistas de peaje.
La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende, coincidiendo con el criterio del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente que la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha derogado, en este extremo, la normativa específica de las concesiones de autopistas de peaje, dado que, aparte del criterio de prevalencia de la Ley particular sobre la Ley general y del de respeto a lo pactado, que impediría aplicar retroactivamente las soluciones nuevas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede entenderse que dicha normativa específica contradiga el nuevo texto legal por cuanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el concurso, junto con la subasta, es forma ordinaria de adjudicación de los contratos, en contraposición al procedimiento negociado que, por su carácter excepcional, solo puede ser utilizada en los casos taxativos establecidos en la Ley que, además, deberán justificarse en el expediente.
En consecuencia se entiende que la normativa sobre autopistas de peaje en régimen de concesión, en cuanto impone al concesionario la adjudicación por concurso de los

contratos de obras que celebre, salvo disposición contraria del Pliego de cláusulas particulares de la concesión, no entra en contradicción con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que se ajusta a su contenido, sobre todo si se tiene en cuenta que los principios de publicidad y concurrencia, de los que el procedimiento negociado supone una negación o excepción, son principios básicos inspiradores de la legislación de contratos de las Administraciones tal como proclamaba la Ley de Contratos del Estado en su artículo 13 y sigue proclamando la nueva Ley en su artículo 11.1.

5. La conclusión que ha quedado sentada exime de examinar la procedencia concreta de justificar la utilización del procedimiento negociado en alguna de las causas previstas en los distintos apartados del artículo 141. No obstante, sí conviene señalar, coincidiendo también con el criterio del Servicio Jurídico del Estado, que, aún admitiendo a efectos dialécticos la posibilidad de utilización del procedimiento negociado, ésta no podría justificarse en el apartado b) (existencia de un sólo empresario), ni en los apartados d) y e) del citado artículo 141, por no concurrir los requisitos que para las obras complementarias y para la repetición de obras similares, se consignan en los dos últimos apartados reseñados.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que, conforme al artículo 133 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los concesionarios particulares de un contrato de obras puedan utilizar el procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos que celebren.

2. Que, no obstante, para los concesionarios de autopistas de peaje, debe considerarse que su normativa específica no contradice la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, estos concesionarios deberán adjudicar los contratos de obras por concurso, salvo que el Pliego de cláusulas particulares de la concesión establezca otra forma o procedimiento de adjudicación, cosa que no ha sucedido en el supuesto sometido a consulta.

3. Que, admitiendo en hipótesis la posibilidad de que los concesionarios de autopistas de peaje pudiesen utilizar el procedimiento negociado, sería necesario que concurriese -y se justificase- alguna de las causas previstas en los distintos apartados del artículo 141 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 37/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Naturaleza jurídica de los contratos que celebra el Instituto Nacional de la Salud para las prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, como contratos de gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES

1. Firmado por la Directora General del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), tiene entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

"La legislación sanitaria y de Seguridad Social, han contemplado desde siempre, la posibilidad de que la asistencia sanitaria pública, pudiera prestarse a través de otras Instituciones o Empresas Privadas, complementando de esa forma los recursos asistenciales de la Administración Pública Sanitaria.

De acuerdo con ello, este Instituto bajo la denominación genérica de "Conciertos" viene contratando con entidades ajenas, además de la asistencia sanitaria, de los beneficiarios del sistema en Centros Hospitalarios, determinados servicios que en algunos casos se refieren a prestaciones propiamente asistenciales (Hemodialisis, Rehabilitación, etc.) y en otros a servicios o prestaciones de carácter complementario (Transporte Sanitario, Medios Diagnósticos, Suministro de Oxígeno en el domicilio de pacientes, etc.).

El procedimiento de concertación, ante la falta del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 143 de la antigua Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido de 30 de mayo de 1974), se ha venido articulando en base a la aplicación genérica de las disposiciones contenidas en dicha Ley y con posterioridad en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Y ello, porque hasta la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación, no se aplican directamente en el ámbito de estos Contratos a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. De aquí que, en la contratación de los servicios que hemos calificado como complementarios se viniera aplicando de manera directa el D. 1005/74, de 4 de abril y sólo con carácter limitado la Legislación General de Contratos del Estado.

A partir de 1989, la contratación de servicios sanitarios de carácter complementario, esencialmente los ya mencionados, relativos a:

- *Transporte de enfermos en ambulancia.*

- *Resonancia Nuclear Magnética y otros Medios Diagnósticos.*

- *Oxigenoterapia domiciliaria y otros tratamientos domiciliarios para insuficiencias respiratorias.*

Se contratan mediante el sistema de Concurso Público, previa aprobación de los Pliegos correspondientes, en los que de forma vacilante, se establece unas veces la aplicación del Decreto 1005/74, y otras, en menor medida, el régimen jurídico correspondiente a los contratos de gestión de servicios públicos.

La publicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y la necesidad de adoptar los procedimientos de contratación de este Instituto a la nueva normativa, hace imprescindible determinar definitivamente, el régimen jurídico aplicable a la contratación de todos y cada uno de estos servicios.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que los Pliegos de Cláusulas Administrativas que se vienen utilizando para la contratación de los servicios, fueron remitidos a ese Organo consultivo, en fechas 23 de agosto y 19 de septiembre, pasados, a través de la Subdirección General de Conciertos de este Instituto, esta Dirección General solicita el pronunciamiento de la Junta Consultiva sobre el régimen jurídico aplicable a la concertación de las prestaciones mencionadas".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se había remitido con anterioridad a esta Junta la siguiente documentación:

a) La constitutiva del expediente 26/95, integrada por los pliegos de cláusulas administrativas particulares, pliegos de condiciones técnica y modelos de los contratos de Litroticia renal. Resonancia nuclear magnética y Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de Diálisis e informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD expresivo de que, a su juicio, tales contratos son contratos administrativos de gestión de servicios públicos, a los que se refiere el artículo 5.2 a) y regulados en los artículos 155 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su modalidad de concierto (artículo 156.5).

En los pliegos remitidos se hace constar que le objeto del contrato es la prestación del servicio correspondiente a los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social y que su régimen jurídico sería el contenido en la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado y disposiciones complementarias, entre las que, en algún caso concreto -uno de los ejemplares del pliego de Club de Diálisis- se cita expresamente el Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

b) La constitutiva del expediente 29/95, integrada por pliego de cláusulas administrativas particulares, pliego de condiciones técnicas y modelos para la contratación del servicio de transporte sanitario, definiéndose en el primero su objeto como la prestación del servicio sanitario terrestre, tanto urbano como interurbano, para el traslado de beneficiarios de la Seguridad Social con derecho a asistencia sanitaria y estableciéndose, en cuanto a su régimen jurídico, que se aplicarán al mismo, en lo no previsto en el pliego, las disposiciones de la legislación vigente en materia de contratación administrativa contenidas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, que se acompaña al expediente, se indica sin pronunciarse sobre la naturaleza del contrato, la conveniencia de solicitar informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

c) La constitutiva del expediente 30/95, constituida, a su vez, por el pliego de cláusulas administrativas particulares, pliego de condiciones técnicas y modelo del contrato del servicio de Oxigenoterapia domiciliaria y otras técnicas, remitiéndose el primero, al definir su objeto, al pliego de condiciones técnicas en el que, con fórmula idéntica a los anteriores expedientes se indica que el concurso tiene por objeto la prestación del servicio de Oxigenoterapia a domicilio de los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social, citando en cuanto a su régimen jurídico, igual que en el expediente anterior, únicamente la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Igualmente la Asesoría Jurídica del INSALUD manifiesta, sin pronunciarse sobre la naturaleza del contrato, la conveniencia de solicitar informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

3. Por providencia de 9 de octubre de 1995, la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acordó, la acumulación de los expedientes 26/95, 29/95, 30/95 y 37/95, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativa Común, teniendo en cuenta la identidad sustancial de los mismos.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada y a efectos de delimitar ésta, conviene realizar dos precisiones de carácter previo, consistiendo la primera en señalar que, aunque han sido remitidos a esta Junta los distintos pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, el informe de esta Junta no debe recaer sobre el contenido concreto de los referidos pliegos, ya que según el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el informe previo de los pliegos corresponde al servicio jurídico respectivo, citándose expresamente a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social entre los órganos a quienes resulta aplicable tal regla y sin que, por efecto de las normas generales de procedimiento sobre competencia, la del servicio jurídico pueda ser sustituida por la de esta Junta. En este sentido procede indicar que la Asesoría Jurídica de la Seguridad Social ha emitido su informe en relación con el contenido de los pliegos, sin perjuicio de la repercusión que en los mismos pueda tener el informe de esta Junta en el punto concreto que se somete a consulta de la misma.

La segunda matización previa que conviene realizar es la de que aunque la cuestión suscitada se trata de ligar a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la misma pudo suscitarse, en idénticos términos, durante la vigencia de la legislación de contratos del Estado, pues como se reconoce en el escrito de consulta, desde la Ley 37 /1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, dicha legislación se aplica directamente a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sin que en el extremo actualmente sometido a consulta, hayan variado los criterios de la legislación anterior a la vigente.

2. Las consideraciones anteriores permiten entrar en el examen de la cuestión suscitada consistente en determinar la naturaleza jurídica de los contratos que celebra la Seguridad Social para las prestaciones de Litroticia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de Diálisis, Transporte sanitario y Oxigenoterapia domiciliaria y otras técnicas a los beneficiarios de la Seguridad Social y, en concreto, si dichos contratos deben conceptuarse como contratos de gestión de servicios públicos, actualmente regulados en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o contratos de servicios, regulados en el Título IV del Libro II de la propia Ley.

3. Del artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta la caracterización del contrato de gestión de servicios públicos como aquel por el cual la Administración encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio público y del artículo 197.3 de la propia Ley la caracterización de los contratos de servicios como los que tienen por objeto los de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga, no comprendidos en los restantes contratos regulados en la Ley, los complementarios para el funcionamiento de la Administración, los de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de equipos e instalaciones y los de programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, resultando así que la diferencia entre ambos tipos de contratos viene establecida por

la noción de servicio público y su encomienda a un particular en un caso y por la existencia, en otro, de servicios que no merecen el calificativo técnico de "públicos" en sentido estricto y que un particular presta a la Administración contratante, por lo cual, la cuestión suscitada queda reducida a determinar si las prestaciones sanitarias que el Insalud debe realizar en favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, en concreto, las que constituyen el objeto del presente informe, y que, en virtud de un contrato encomienda a un particular merecen o no el calificativo de servicio público en sentido estricto.

4. La contestación afirmativa a la cuestión así planteada, no puede a juicio de esta Junta, ser discutida, conformando el criterio del informe de la Asesoría Jurídica del Insalud unido al expediente 26/95. De una parte, la regulación total de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, parte de la configuración de servicio público de los prestados por los que denomina Servicios públicos de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, contraponiéndolos a las actividades sanitarias privadas (artículos 88 a 94) declarando expresamente el artículo 90 que "las Administraciones Públicas Sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas". En el mismo sentido, por otra parte, el artículo 199 de la Ley de Seguridad Social, texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo, 1/1994, de 20 de junio, establece que "para el mejor desempeño de sus funciones, los organismos de la Administración de la Seguridad Social, de acuerdo con sus respectivas competencias, podían concertar con entidades públicas o privadas, la mera prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional".
El término "conciertos" a los que se alude en los preceptos reseñados no resulta incompatible, sino plenamente congruente, con el de contrato de gestión de servicios públicos, teniendo en cuenta que el artículo 157 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera como una de las modalidades de la contratación de la gestión de servicios públicos el "concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate".
De otro lado, resultan difícilmente encajables en el concepto de contratos de servicios los distintos objetos a que se refieren los pliegos remitidos, dado que todos ellos forman parte de la asistencia sanitaria que se presta a los beneficiarios de la Seguridad Social y no coinciden, por tanto, con los enumerados en el artículo 197.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo significativo, además, que el subapartado a), después de enumerar los servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, establece como requisito excluyente para que los mismos puedan constituir el objeto de contratos de servicios que no se encuentren comprendidos en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro, circunstancia que debe predicarse del contrato de gestión de servicios públicos regulado en el Título II del Libro II, en contraposición a los contratos de servicios regulados en el Título IV del mismo Libro.
En resumen y como consecuencia de las conclusiones positiva y negativa que han quedado expuestas se puede afirmar que los contratos que tienen por objeto prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, que celebra el Insalud, merecen el calificativo de contratos de gestión de servicios públicos y que, por ello, pueden ser encomendados a particulares en su modalidad de concierto, prevista expresamente en el artículo 157 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. La configuración de estos contratos como contratos de gestión de servicios públicos produce una serie de consecuencias que resulta inexcusable examinar.
En primer lugar que, según establecen los artículos 155.1 y 156.5 a estos contratos, además de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, les

resultan de aplicación las disposiciones esenciales del respectivo servicio, en este caso del Servicio público de Sanidad, que tendrán una influencia decisiva en orden a fijar el contenido del respectivo contrato.
En segundo lugar, en cuanto a los procedimientos de adjudicación de los mismos, que éstos serán los establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, los procedimientos abiertos y restringidos en su modalidad de concurso (artículo 160.1 de la Ley) sin perjuicio de la aplicabilidad del procedimiento negociado en los casos expresamente previstos (artículo 160.2), sin que de la Ley resulte ningún género de incompatibilidad entre el concierto que se refiere más bien a la forma de prestación del servicio y el procedimiento de adjudicación con utilización del concurso.
Por otra parte conviene aclarar que estos contratos, al estar excluidos de la regulación de la Directiva 92/50/CEE, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, han quedado igualmente excluidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su cuantía, de la obligación de publicar anuncios en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
Por último ha de indicarse que, según resulta del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y a diferencia de lo que sucede en los contratos de obras y en los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, en los contratos de gestión de servicios públicos no resulta exigible el requisito de la clasificación de contratistas, por lo que cierta confusión que pudiera derivarse de la Orden de 24 de noviembre de 1982, redactada nuevamente por Orden de 30 de enero de 1991 y de la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General del Patrimonio del Estado sobre criterios para la clasificación de empresas consultoras y de servicios, en cuanto mencionan expresamente los servicios sanitarios, en general y los servicios de transporte en ambulancia, en particular, debe considerarse superada por los criterios resultantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como norma posterior y de superior rango a las reseñadas, en los términos que han quedado expuestos en el presente informe.

6. Alguna consideración especial debe realizarse en relación con aquellos contratos -como el que tenga por objeto la prestación de Oxigenoterapia domiciliaria a otras técnicas- en los que puede no existir ninguna prestación sanitaria realizada por el adjudicatario a los beneficiarios de la Seguridad Social, sino la entrega de bienes o la realización de servicios a la Administración, por lo que el contrato deberá ser calificado como de suministro o de servicios regulados, respectivamente, en los Títulos III y IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, netamente diferenciados del contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el Título II del mismo Libro de la Ley. Sin embargo, también debe advertirse que para la consideración del contrato como suministro o servicio debería aclararse el objeto del mismo en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, ya que en los remitidos, no resulta suficientemente claro si los bienes o servicios se entregan o realizan directamente a la Administración o al beneficiario de la Seguridad Social, siendo éste el dato decisivo, como se ha razonado, para determinar la naturaleza del contrato.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que los contratos que celebra el Insalud para la prestación a los beneficiarios de la Seguridad Social de los servicios de Litroticia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de Diálisis y Transporte Sanitario son contratos de gestión de servicios públicos que deben adjudicarse, aunque sea en la modalidad de concierto, por los procedimientos regulados en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las demás consecuencias expresamente señaladas en el apartado 5 de este informe, sin que, por el contrario les resulten de aplicación los preceptos que, relativos a los contratos de servicios, se

incluyen en el Título IV del mismo Libro II de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que, no obstante, el contrato que tiene por objeto la prestación de Oxigenoterapia domiciliaria y otras técnicas, si no comprende prestación sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social, deberá ser calificado de contrato de suministro de bienes o prestación de servicios a la Administración, debiéndose, al respecto, especificar claramente su objeto en los respectivos pliegos.

Informe 41/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado. Clasificación de las empresas que contratan con la Administración la gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES

Por D. Guillermo Ruiz Comerma, Vicepresidente de la Junta Directiva de la Asociación de "Aseo Urbano de Pequeñas y Medianas Empresas (AUPYME) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Nuestra Asociación, AUPYME, agrupa a empresas contratistas con los Ayuntamientos para recogida de basura, limpieza, viaria, tratamiento de basuras, limpieza de interiores y jardinería.

Varios de nuestros asociados tienen la duda si en las licitaciones a las que se presentan es o no obligatorio la Clasificación Empresarial a tenor de lo dispuesto en la ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas.

Esta Ley y con arreglo al Libro II, Título II, clasifica a estas empresas en : "gestión de servicios públicos".

Y con arreglo al Libro II, Título IV las empresas de servicios no son las que gestionan servicios públicos, sino las contratadas para hacer un servicio a la entidad contratante.

Y entrando en el detalle de la citada ley vemos:

Art. 15.- Para contratar con la administración habrá que acreditar la solvencia económica, financiera o técnica, requisito que podrá ser sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta ley sea exigible.

Art. 20 - k.- No podrán contratar las que no estuviesen debidamente clasificadas conforme a lo dispuesto en esta ley.

Art. 25.- Para contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación.

No cita para nada los contratos de gestión de servicios.

Art.80-b.- Acreditar la clasificación de la empresa en su caso, o justificación de solvencia económica, financiera y técnica.

No hace obligatoria la clasificación.

Título II.- Art. 155 al Art. 171.- Trata de los contratos de gestión de servicios públicos y nada dice de la necesidad de que las empresas estén clasificadas.

Art. 197 - 3.- Determina cuales son los contratos de servicio y no figuran los señalados en la introducción de la presente.

A la vista de todo lo expuesto:

S U P L I C A: Se nos extienda dictamen con los siguientes extremos si así fuese la interpretación correcta que les sometemos:

1º. Las empresas que se dedican a contratos con la Administración de recogida de basuras, limpieza viaria, tratamiento de basuras, limpieza de interiores y regulación de aparcamientos en superficie son empresas de gestión de servicios públicos y no empresas de servicios.
2º. A las empresas de gestión de servicios públicos no se les puede exigir la clasificación, aunque de tenerla ésta valdría para justificar su solvencia económica, financiera y técnica.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Vicepresidente de AUPYME.
Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de, 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo y 26 de octubre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta.
El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.
En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por el Vicepresidente de AUPYME, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre la cuestiones suscitadas, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.
La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que la anterior legislación de contratos del Estado, diferencia nítidamente el contrato de gestión de servicio público, regulado en el Título II del Libro II y los contratos de servicios a prestar a la Administración, regulados, junto con los de consultoría y asistencia y los de trabajos específicos y concreto no habituales en el Título IV del mismo Libro II. De las respectivas definiciones de estos contratos resulta que en los primeros, un servicio público titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares.
Una de las consecuencias más importantes de la diferenciación entre ambos tipos de contratos estriba en que, como se hace constar en el escrito de consulta, en el contrato de gestión de servicio públicos no es exigible la clasificación que resulta preceptiva, cuando exceden de 10.000.000 de pesetas, en los contratos de servicios.
Por lo demás, la calificación del contrato deberá hacerse en cada caso concreto atendiendo a su objeto y circunstancias pareciendo en principio poder afirmarse que los enunciados en el escrito de consulta son contratos de gestión de servicios públicos

salvo el de "limpieza de interiores" que, en principio más bien corresponde al concepto de contratos de servicios.

Por último resulta ocioso plantearse si la clasificación sustituye en estos casos a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica que, en todo caso deberá acreditarse por los medios que, entre los que figuran en el artículo 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fije el órgano de contratación en el pliego, siendo una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso si está o no el medio exigido incluido en la correspondiente clasificación.

Informe 44/95, de 21 de diciembre de 1995. Contratos de gestión de servicios públicos. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. Inclusión de determinadas cláusulas sobre aportaciones voluntarias, como primas de adjudicación por las empresas adjudicatarias, en los pliegos de condiciones que rigen la contratación de los servicios públicos en las Corporaciones Locales.

ANTECEDENTES

Por D. Francisco Jardón Arango, Presidente de la Asociación de Empresas de Limpieza Pública (ASELIP) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente contenido:

"I - Que en los pliegos de condiciones que rigen la contratación de los servicios públicos de las Corporaciones Locales se viene observando, cada vez con mas frecuencia, la inclusión en los mismos de una serie de cláusulas que, al modo de ver de la Asociación que me honro en representar, podrían vulnerar la propia esencia del contrato que se pretende adjudicar, al ocultarse bajo su inofensiva apariencia otros propósitos de la Corporación, ajenos del todo a su causa y a su objeto.

En este sentido, algunas condiciones de estos pliegos establecen una denominada "prima de adjudicación", sentando al efecto que los licitadores ofertarán, además del precio por el que prestarán los servicios, una cantidad determinada en cada caso, que se comprometen a ingresar en las arcas municipales, caso de resultar adjudicatario, una vez resuelto el concurso, en un plazo fijo a partir del acuerdo de adjudicación y con posterioridad a la firma del contrato.

En otras condiciones se señala que los licitadores podrán ofrecer una aportación voluntaria en metálico, en la cuantía que estimen conveniente, independientemente de la fianza definitiva que preceptivamente deban constituir en virtud de la legislación contractual. Añadiéndose en estos caso que el importe de la aportación voluntaria deberá ser ingresado en el Ayuntamiento en un plazo fijo contado a partir de la notificación de adjudicación, y que esa aportación será objeto de devolución, mediante anualidades, a partir de una fecha fijada en cada caso, hasta el término de la concesión.

En base a estas exigencias, en una condición posterior de estos Pliegos se exponen, como elementos determinantes para efectuar la selección de la oferta a la que habrá de adjudicársele el contrato, la mayor prima de adjudicación y la aportación voluntaria, a las que se acaba de hacer mención, precisándose, por lo que a esta última concierne, que su cuantía no sea inferior a una cantidad determinada.

II - Llegados a este punto, se pone claramente de manifiesto, como ya se ha puesto de relieve, la primacía de las aportaciones económicas que ha de efectuar el adjudicatario a la Corporación, sobre otros aspectos esenciales del contrato objeto de concurso. Por ello, y habida cuenta que la introducción de este tipo de cláusulas se están convirtiendo, por desgracia, en práctica habitual en los contratos de gestión de servicios públicos locales, es menester solicitar de la Junta a la que respetuosamente me dirijo, el oportuno y pertinente pronunciamiento acerca de su naturaleza jurídica, y de la legalidad y adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de la exigibilidad de estas prestaciones y, más

concretamente, a la nueva Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y en su virtud,

Solicito a esa Junta Consultiva, que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en méritos de cuanto en él ha quedado dicho, se pronuncie acerca de la legalidad del contenido de las cláusulas a las que se ha hecho debida mención, y de la exigencia de las obligaciones dimanantes de las misma para el que pretenda ser concesionario o arrendatario de un servicio público."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

No resultan necesarias extensas consideraciones para afirmar que las llamadas "prima de adjudicación" y "aportaciones voluntarias en metálico" constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos, si, como se afirma en el escrito de consulta,3 la mayor prima de adjudicación y la mayor aportación voluntaria se convierten en elementos determinantes a la hora de seleccionar las ofertas y se establece un mínimo para la llamada aportación voluntaria.

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación sin que puedan ser alteradas por primas o aportaciones a satisfacer por el adjudicatario, lo que en realidad puede lindar con actividades delictivas y, en todo caso, suponen una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos inherentes a la contratación que en todo momento deben ser aplicados con estricta rigurosidad por las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, conviene señalar que tampoco podría admitirse las fórmulas propuestas como medio de financiación de las Entidades Locales, ya que deben considerarse irregulares, teniendo en cuenta lo dispuesto en las disposiciones reguladoras de dicha financiación.

Informe 4/96, de 7 de marzo de 1996. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Contratación con la Administración la gestión de los servicios públicos de recogida de basuras, su tratamiento, limpieza viaria y exigencia de clasificación del contratista.

ANTECEDENTES

Por D. José Pereira Martínez, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Asociación de Aseo Urbano de Pequeñas y Medianas Empresas (AUPYME) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Asociación que preside, AUPYME, representa a empresas afectadas por la contratación administrativa en referencia a contratos de servicios de recogida de basuras, su tratamiento, limpieza viaria, limpieza de interiores, jardinería y regulación de aparcamientos en superficie.

Varios de sus asociados dudan de si en las licitaciones a las que concurren es requisito imprescindible la acreditación de la correspondiente clasificación empresarial a tenor de lo dispuesto en al Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el Libro II de la referida Ley "De los distintos tipos de contratos administrativos", el Título II hace referencia a los contratos de gestión de servicios públicos y el Título IV, se refiere a los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración. Entendemos, por tanto, que hay una clara diferenciación entre dichos contratos en función de la prestación del servicio por el contratista a la Administración o para la utilización del servicio por los particulares.

El artículo 15 de la citada Ley, contempla como requisito para contratar con la Administración la acreditación por el contratista de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o bien, en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible, la correspondiente clasificación. Y en el artículo 25 de la mencionada Ley, se establecen los supuestos en los que se requiere dicha clasificación, refiriéndose expresamente a los contratos regulados por el Título IV de la misma, pudiendo afirmarse, por tanto, la no exigencia de la correspondiente clasificación para contratos de gestión de servicios públicos, esto es, los regulados en el Título II de esta Ley.

En su virtud,

SUPLICA:

Se sirva extender dictamen, en el caso de entender correcta la interpretación expuesta, sobre los siguientes extremos:

1º - Las Empresas dedicadas a contratar con la Administración la gestión de los servicios públicos de recogida de basuras, su tratamiento, limpieza viaria, limpieza de interiores y regulación de aparcamientos en superficie, suscriben con la misma contratos de gestión de servicios públicos, es decir, de los contemplados en el Libro II, Título II de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

2º - En el contrato de gestión de servicios públicos no es exigible la correspondiente clasificación pero, de ostentarla, sería válida acreditarla si la misma contemplase de entre los medios que figuran en el artículo 19 de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas, lo que fijase el órgano de contratación en el pliego".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas en el escrito de consulta, hay que resaltar que, casi en idénticos términos, se formuló consulta a esta Junta por la propia Asociación, aunque en escrito firmado por su Vicepresidente, lo que motivó que en el informe de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 41/95), después de destacar la falta de legitimación del Vicepresidente de una Asociación empresarial para formular consultas a la Junta, se expusieran por su interés general, los criterios de la misma, que ahora procede, en consecuencia reiterar.

2. En el citado informe de 21 de diciembre de 1995, esta Junta Consultiva, en cuanto a la cuestión de exigencia de clasificación exponía lo siguiente:

> *"La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que la anterior legislación de contratos del Estado, diferencia nítidamente el contrato de gestión de servicio público, regulado en el Título II del Libro II y los contratos de servicios a prestar a la Administración, regulados, junto con los de consultoría y asistencia y los de trabajos específicos y concreto no habituales en el Título IV del mismo Libro II. De las respectivas definiciones de estos contratos resulta que en los primeros, un servicio público titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares.*
>
> *Una de las consecuencias más importantes de la diferenciación entre ambos tipos de contratos estriba en que, como se hace constar en el escrito de consulta, en el contrato de gestión de servicio públicos no es exigible la clasificación que resulta preceptiva, cuando exceden de 10.000.000 de pesetas, en los contratos de servicios. Por lo demás, la calificación del contrato deberá hacerse en cada caso concreto atendiendo a su objeto y circunstancias pareciendo en principio poder afirmarse que los enunciados en el escrito de consulta son contratos de gestión de servicios públicos salvo el de "limpieza de interiores" que, en principio más bien corresponde al concepto de contratos de servicios"*.

3. En cuanto a la segunda cuestión que se suscitaba la Junta Consultiva en el mismo informe manifestaba que "*resulta ocioso plantearse si la clasificación sustituye en estos casos a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica que, en todo caso deberá acreditarse por los medios que, entre los que figuran en el artículo 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fije el órgano de contratación en el pliego, siendo una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso si está o no el medio exigido incluido en la correspondiente clasificación*".

Esta última afirmación tiene que ser reiterada aunque, aclarando, que, en la práctica, será imposible practicar la comprobación de que el medio exigido por el órgano de contratación, para acreditar su solvencia, está o no incluido en la correspondiente clasificación, para lo cual sería necesario tener a la vista el propio expediente de clasificación, sin que sea suficiente el certificado de clasificación, al no desprenderse de este último los datos (medios personales, materiales, experiencia) que se han tomando en consideración para el reconocimiento de la clasificación y si estos datos son generales o específicos, como puede ser la experiencia, del grupo o subgrupo en los que se ha obtenido clasificación.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos de gestión de servicios públicos regulados en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta exigible la

clasificación, a diferencia de lo que sucede con los contratos de servicios regulados en el Título IV, Libro II de la propia Ley.

2. Que existen dificultades prácticas insalvables para que los datos tenidos en cuenta en el expediente de clasificación para un contrato de servicios, puedan, sin otra justificación, servir para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional en un contrato de gestión de servicios públicos.

Informe 24/96, de 30 de mayo de 1996. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Requisitos de capacidad de las empresas para concurrir a un contrato de concesión de obra pública, de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y posterior explotación del servicio.

ANTECEDENTES

Firmado por el Presidente de la Diputación Provincial de Burgos, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Pleno de esta Corporación Provincial en sesión celebrada el día 14 de marzo de 1996, acordó solicitar de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe jurídico a deducir de los siguientes:

ANTECEDENTES

I - Con fecha de 11 de enero de 1996, el Pleno de la Corporación acordó aprobar inicialmente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir en la convocatoria de concurso para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto, de un contrato de concesión de obra pública para la adaptación de un inmueble propiedad de esta Diputación Provincial a Residencia Universitaria y su posterior explotación.

II - Sometidos dichos pliegos al trámite de información pública mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, se presentan alegaciones por parte de dos empresas especializadas en la explotación de este tipo de residencias.

III - Como consecuencia de dichas alegaciones, se han puesto de manifiesto una serie de cuestiones que versan fundamentalmente sobre los siguientes extremos:

Primero.- Limitación al principio de pública concurrencia.

Esta situación se produce como consecuencia de que al amparo del régimen jurídico que para este tipo de contratos establecen los arts. 6 y 130.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la Cláusula 10ª; del pliego exige clasificación empresarial del Grupo C, todos los subgrupos, de conformidad con la Orden de 28 de junio de 1991 por la que se modifica la Orden de 28 de marzo sobre clasificación de Empresas contratistas de obras.

Y correlativamente, asimismo es exigible la necesaria cualificación empresarial para el ejercicio del derecho a la explotación del inmueble, entendiendo ésta como la solvencia económico, financiera y técnica o profesional, establecida en el art. 15.1 de la citada Ley.

De esta forma en el supuesto de que ambos requisitos o exigencias fueran concurrentes, se plantea una cuestión de limitación al principio de pública concurrencia a la licitación.

Y esto es así puesto que en el supuesto de que no existan Empresas en los que concurran ambos requisitos de capacidad, resulta por un lado que la cuestión no la resuelve una Unión Temporal de Empresas dado que el período de explotación del inmueble se concreta a 50 años y a tenor de lo señalado en el art. 8 de la Ley 28 de mayo de 1982 sobre Régimen Fiscal de agrupaciones

y uniones temporales de empresas, éstas tendrán una duración límite de 10 años, y por otro por cuanto que el art. 32 de la Ley 13/95 de 18 de mayo, en todo caso será requisito básico para la acumulación que todas las empresas concurran en la unión temporal hayan obtenido previamente clasificación como empresa de obras.

Segundo.- Cesión de los contratos.

A la vista de la cuestión planteada, la posible solución podría proporcionarla la concurrencia de una empresa de obras con la correspondiente clasificación empresarial y la posterior cesión de los derechos de explotación a otra de servicios una vez concluida las obras objeto de concesión.

Sin embargo el art. 115 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo plantea dos cuestiones limitativas.

Así, por un lado el apartado b) señala "que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o realizada la explotación al menor durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuere de gestión de servicios".

De esta forma y para hacer viable la cesión del contrato.

¿Podría interpretarse que la explotación del servicio durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato, es aplicable tan sólo al contrato de gestión de servicios y no al contrato mixto de concesión de obra pública y explotación del servicio inherente a la misma?.

Y por otra parte si a la vista de lo señalado en el apartado c) del art. 115 de la Ley aludida, que señala "que el concesionario tenga capacidad para contratar con la Administración de conformidad con los arts. 15 a 20 y que esté debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

¿Podría interpretarse esta última exigencia como cualificación para la explotación del servicio?.

En conclusión se interesa de esa Junta Consultiva de Contratación dictamen a la mayor urgencia posible relativo a los requisitos de capacidad de las empresas para concurrir a un contrato de concesión de obra pública, de adaptación de un inmueble para Residencia Universitaria y posterior explotación del servicio, en el sentido de posibilitar la concurrencia, a través de una empresa de obras y posterior cesión del contrato a otra empresa explotadora del servicio."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión suscitada en el presente expediente - la del régimen jurídico del contrato que tiene por objeto la obra pública para la adaptación de un inmueble, propiedad de la Diputación Provincial, a residencia universitaria y su posterior explotación - debe ser resuelta mediante aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo que, con carácter previo a determinar los preceptos concretos aplicables, exige la calificación de la naturaleza jurídica del contrato a celebrar.

2. Ninguna dificultad especial suscitaría la celebración de dos contratos distintos cuyo objeto respectivo fueran las obras de adaptación del inmueble, de un lado y la explotación de la residencia universitaria de otro. El primer contrato, típico contrato de obras, se regiría íntegramente por las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en general y, en particular, por las contenidas en el Título I

del Libro II que incluye las normas específicas de este contrato, debiendo significarse que si el presupuesto del contrato de obras resultase igual o superior a 20.000.000 de pesetas, debería exigirse al adjudicatario el requisito de la clasificación como contratista de obras.
El contrato para la explotación de la residencia universitaria propiedad de la Diputación de Burgos debería conceptuarse como un contrato de gestión de servicio público, dada la finalidad del contrato -el establecimiento y explotación de una residencia universitaria- y el dato decisivo de que la prestación del servicio que implica la explotación de la residencia, no se prestaría a la Administración contratante -la Diputación Provincial de Burgos- sino a los universitarios que utilizasen la residencia, por cuya explotación la citada Administración no tendría que pagar un precio, sino percibir un canon del adjudicatario del contrato. En este caso, con aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las específicas del Título II del Libro II, el régimen jurídico de este contrato no debía suscitar especiales dificultades y únicamente debe señalarse que, conforme a la citada normativa, en los contratos de gestión de servicios públicos, a diferencia de los de obras y los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, no resulta exigible la clasificación al contratista, sino que éste debe acreditar su capacidad y solvencia conforme a las reglas generales de la Ley contenidas en los artículos 15, 16 y 19, este último en relación con la solvencia técnica o profesional para este tipo de contratos.

3. La solución apuntada - la celebración de dos contratos distintos e independientes - constituye uno de los medios de resolver las dudas y dificultades puestas de relieve en su escrito por el Presidente de la Diputación de Burgos. No obstante como en dicho escrito se alude a la celebración, por procedimiento abierto y concurso, de un solo contrato que se califica expresamente de concesión de obra pública y cuyo objeto es la realización de las obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación, resulta necesario examinar el régimen jurídico aplicable a este contrato único.
Aún desconociendo las concretas condiciones del contrato que se pretende celebrar y del estado concreto de tramitación del expediente de contratación, dado que en el escrito de consulta se alude, por un lado, al trámite de información pública y, de otro lado, a la existencia de un pliego, cuya cláusula 10 exige el requisito de clasificación como contratista de obra, lo cierto es que el contrato que examinamos con doble objeto, la adaptación de un inmueble y la explotación de una residencia, ha de regirse por las normas del contrato de obras o por las normas del contrato de gestión de servicios públicos, según resulta de diversos preceptos contenidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
El artículo 130.1 de la Ley caracteriza el contrato de concesión de obras públicas como aquel en el que siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio, estableciendo el apartado 2 del mismo artículo que este contrato queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras, con las especialidades previstas en el artículo 139 que, por referirse a plazos de presentación de candidaturas y de recepción de solicitudes de participación en el procedimiento restringido, para nada afectan a la cuestión suscitada en el presente expediente.
La sujeción a las normas generales del contrato de obras que, para las concesiones de obras públicas preceptúa el artículo 130.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, significa a juicio de esta Junta que, inspirada dicha Ley en el principio de régimen jurídico único para los contratos mixtos, todas las normas del contrato de obras, y sólo ellas, resultan aplicables al contrato de concesión de obras públicas, sin que en materia de capacidad y solvencia pueda acudirse a las normas establecidas para contratos distintos como serían, en el presente caso, los de gestión

de servicio público o los de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales.
Supuesto distinto es el de que los contratos, por no concurrir las circunstancias previstas en el artículo 130.1 de la Ley, principalmente porque la contraprestación a favor del adjudicatario no consista exclusivamente en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio, no pueda ser calificado como concesión de obra pública y deba serlo como contrato de gestión de servicio público. En este caso el régimen jurídico del contrato sería el propio del contrato de gestión de servicios públicos contenido en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues aunque una interpretación literal del artículo 159.2 de la propia Ley pudiera llevar a la conclusión de que todo contrato de gestión de servicios públicos que incluyera cualquier género de obra, aunque fuera de ínfima cuantía, habría de regirse por las normas del contrato de concesión de obras y, en definitiva, por las del contrato de obras, debe ser descartada por cuanto desnaturalizaría la finalidad de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece y regula como tipos contractuales distintos los de obras y los de gestión de servicios públicos, quedando este último sin prácticamente campo de aplicación si prevalece la interpretación que se descarta. Por ello debe entenderse que, calificado el contrato de gestión de servicio público, aunque implique la realización de obras, las condiciones de capacidad y solvencia han de ser las propias del contrato de gestión de servicios públicos y no las establecidas para el contrato de obras.

4. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada, sino, por el contrario, confirmada, si se hace entrar en juego el precepto del artículo 6 de la propia Ley que viene a establecer que cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.
Como ponía de relieve esta Junta en su informe de 22 de marzo de 1995 (Expediente 3/95) abordando la cuestión de la clasificación exigible en un contrato mixto de obras y asistencia, para determinar el régimen jurídico de un contrato mixto, en particular el tema de la citada clasificación, resultaba preciso proceder, con carácter previo, a una calificación del contrato, dado que, de las diversas posturas doctrinales existentes en orden a la regulación de los contratos mixtos - la teoría de la combinación de normas de las distintas prestaciones y la teoría de la aplicación de normas de la prestación principal - la entonces vigente legislación de contratos del Estado se inclinaba por la segunda en el artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado, hoy confirmado por el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que con carácter general para todos los contratos que comprenden prestaciones de distintos contratos administrativos, y no solo de obras y suministros, viene a reiterar la regla de la aplicación del régimen jurídico correspondiente a la prestación mas importante desde el punto de vista económico, sin admitir la posibilidad de aplicación de normas de distintos tipos de contratos.
Lo que se quiere resaltar con la cita y examen del artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es, en definitiva, que en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico, sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos.
Por ello, en el caso presente, habrá de ponderarse la prestación económica más importante, la realización de la obra o la explotación de la residencia universitaria para aplicar, en consecuencia, las normas de capacidad y solvencia del contrato de obras o del contrato de gestión de servicios públicos.

5. Con lo hasta aquí expuesto deben quedar solventadas las dudas y dificultades puestas de relieve en el escrito del Presidente de la Diputación Provincial de Burgos. No obstante conviene realizar algunas precisiones en relación con las consideraciones que se realizan en el mencionado escrito.

En primer lugar debe reiterarse que el presupuesto de hecho de que se parte en el escrito de consulta de que "asimismo es exigible la necesaria cualificación empresarial para el ejercicio del derecho a la explotación del inmueble, entendiendo ésta como la solvencia económico, financiera y técnica o profesional, establecida en el artículo 15.1 de la citada Ley" no resulta correcta, ya que, conforme se ha razonado los únicos requisitos de capacidad y solvencia exigibles son los correspondientes al contrato de obras o los correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos, pero no acumulativamente los dos.

En segundo lugar debe indicarse que los requisitos para la contratación con uniones de empresarios son los que resultan de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de las normas reglamentarias de desarrollo que deben considerarse vigentes, sin que, en ninguna de ellas figure limitación temporal alguna para su duración y ello por no resultar aplicable la fijada en el artículo 8 de la Ley de 28 de mayo de 1982 sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas, resultando significativo al respecto que el artículo 24.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su párrafo segundo, se refiera expresamente al ejercicio de derechos y cumplimiento de las obligaciones que del contrato se deriven "hasta la extinción del mismo" lo que avala la interpretación señalada de que las uniones de empresarios tienen necesariamente que tener la misma duración que la del contrato al que concurren.

Por último, en cuanto a la cuestión de la cesión ha de ser resuelta de conformidad con los criterios que han sido expuestos a lo largo del presente informe, por lo que si la cesión afecta exclusivamente a las obras, habrá de regirse por las normas del contrato de obras y si la cesión afecta a la explotación de una residencia universitaria será necesario, que el cesionario tenga la capacidad y solvencia para dicha explotación y que el cedente haya realizado la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración previsto del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 115.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que las obras de adaptación para residencia universitaria de un inmueble, propiedad de la Diputación de Burgos, y la explotación de la citada residencia universitaria pueden ser objeto de contratos distintos e independientes en los que se exigirán, respectivamente, los requisitos de capacidad y solvencia propios del contrato de obras y del contrato de gestión de servicios públicos.

2. Que si, no obstante, se opta por la celebración de un único contrato con doble prestación - las obras de adaptación y la explotación de la residencia universitaria - se aplicarán las normas resultantes de la calificación del contrato, es decir, del contrato de obras, si se califica de concesión de obra pública o del contrato de gestión de servicios públicos si es esta última su calificación, sin que, en ningún caso, resulte procedente exigir acumulativamente requisitos de capacidad y solvencia propios de ambos tipos de contratos.

Informe 27/96, de 30 de mayo de 1996. Contratos de gestión de servicios públicos. Fianzas y garantías. Legislación a aplicar en los supuestos de expedientes de licitaciones para la adjudicación de concesiones administrativas, en lo que afecta a la exigencia de garantías, tanto provisionales como definitivas.

ANTECEDENTES

1. Firmado por el Concejal Delegado del Area de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, haciéndose constar en la antefirma expresamente que lo hace por delegación del Alcalde Presidente de dicho Ayuntamiento, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Existiendo disparidad de criterios en el ámbito municipal en orden a qué legislación es aplicable (Decreto 1.372/1.986), de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales o Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas) para la fijación del tipo en las garantías provisional y definitiva que han de ser constituidas en lo que afecta a concesiones administrativas de obras, y ante el importante número de ellas, que esta Corporación piensa licitar a medio plazo; me permito acompañarle el informe que en este contexto se ha formulado por la Jefatura del Servicio de Contratación, que sirve de complemento al presente escrito, y al que se ha dispensado conformidad por la Secretaría municipal, a través del Sr. Vicesecretario General de este Ayuntamiento; con el ruego de que en base a su contenido, y al amparo de lo establecido en el artículo 17 del Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tenga a bien disponer la emisión de dictamen.

Desde esta óptica, la cuestión que se formula es:

¿A la vista de las explicaciones que anteceden y del informe que se adjunta, y para los supuestos de expedientes de licitaciones para la adjudicación de concesiones administrativas, en lo que afecta a la exigencia de garantías, tanto provisionales como definitivas, procede determinarlas con arreglo al Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto 1.372/1986, de 3 de junio, considerándosele vigente en este ámbito; o, contrariamente, es de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al entenderse derogados aquéllos artículos del Reglamento de Bienes por el genérico punto 2 de la Disposición derogatoria única de dicha Ley 13/1995?.

En lo que afecta a la cuestión de admisibilidad de la consulta, en armonía con las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, le participo me encuentro facultado al objeto de formular la presente, con apoyo en la delegación de facultades que por conducto de Decreto número 5.919, de fecha 19 de junio de 1.995, he efectuado en mí el Sr. Alcalde-Presidente".

2. Conforme se indica en el escrito anterior se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) Fotocopia compulsada del Decreto de 19 de junio de 1995 de la Alcaldía de las Palmas de Gran Canaria en el que, entre otras delegaciones, comprende la

realizada en favor de D. Francisco Fernández Roca en el Area de Economía y Hacienda que incluye en sus cometidos Patrimonio y Contratación, indicándose que esta delegación es genérica y referida a las áreas y materias expresadas, incluyendo "la facultad de resolver mediante actos administrativos que afecten a terceros, y por ende la firma, tal como previene el artículo 43.3, párrafo segundo del R.O.F.".

b) Fotocopia compulsada del informe elaborado por el Jefe del Servicio de Contratación con fecha 20 de marzo de 1996, en el que, después de exponer los argumentos que suscitan las dudas planteadas, propone la pregunta a formular sobre la que entiende debe solicitarse informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, lo que, asimismo, entiende el Vicesecretario del Ayuntamiento, según diligencia de la misma fecha que se incorpora al propio escrito conteniendo el informe.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para resolver la única cuestión que se suscita en el presente expediente -si en las licitaciones para la adjudicación de concesiones administrativa, la constitución de garantías provisionales o definitivas han de determinarse con arreglo al Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 13 de junio de 1986 o con sujeción a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas- es necesario partir de la diferencia existente en nuestro ordenamiento jurídico de dos grandes categorías de concesiones, figurando en las primeras la concesión de obras públicas y la concesión de servicios públicos y, en la segunda, las concesiones demaniales para uso y aprovechamiento del dominio público.

2. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas regula tanto el contrato de concesión de obras públicas, en la Sección 2ª;, Capítulo I, Título I del Libro II, como la concesión para la gestión de servicios públicos en el Título II del Libro II. El contrato de concesión de obras públicas es caracterizado en el artículo 130 de la Ley como aquel en el que, siendo su objeto alguna de las obras definidas en el artículo 120 de la propia Ley, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, resultando de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos y, concretamente del artículo 155, que la concesión de servicio público es aquella forma contractual por la que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público.
Con carácter general las garantías provisionales y definitivas en la contratación administrativa se regulan en el Capítulo III, Título II del Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, con tal carácter general resulta la regulación aplicable a toda clase de contratos, sin que, al no hacerse restricción alguna para las concesiones de obras públicas o de servicios públicos, exista fundamento para exceptuar a estos contratos de la regulación general, debiendo únicamente tenerse en cuenta la doble especialidad que para las garantías en el contrato de gestión de servicios públicos se recogen en el artículo 39 de la Ley en el sentido de que se fijarán en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares a la vista de la naturaleza, importancia y duración del servicio de que se trate y de que, en casos especiales, el Consejo de Ministros queda facultado para acordar la exención de las correspondientes garantías, doble especialidad que para nada afecta a la cuestión consultada.

3. Figura distinta a las examinadas la constituye la concesión demanial regulada, por lo que respecta a las Entidades Locales, en los artículos 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, que establece en su artículo 78.2 que las concesiones, para el uso privativo o uso anormal

de bienes de dominio público, se otorgarán previa licitación con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales, figurando entre las reglas de los artículos siguientes la del artículo 87.3 que para estas concesiones demaniales determina que la garantía provisional consistirá en el 2 por 100 del valor del dominio público objeto de ocupación y, además, del presupuesto de las obras que, en su caso, hubieren de realizarse y la del artículo 90.1 que fija la garantía definitiva en el 3 por 100 calculado sobre idénticos conceptos.
Para las concesiones demaniales que ahora se examinan no cabe poner en duda la subsistencia de las disposiciones contenidas en los artículos 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales por la sencilla razón de que el artículo 78.2 del mismo da primacía a sus reglas sobre la normativa reguladora de la contratación y, en consecuencia, los preceptos que los artículos 87.3 y 90.1 dedican a la constitución de garantías provisionales y definitivas en las concesiones demaniales deben prevalecer sobre los que para las garantías en los contratos administrativas en general se contienen en el Capítulo III, Título II, Libro I de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. Con lo hasta aquí expuesto basta para resolver la consulta formulada por el Ayuntamiento de Las Palmas. No obstante, como las dudas se suscitan en relación con las concesiones de obras públicas y de servicios públicos, en relación con la aplicación a las respectivas garantías provisionales y definitivas, de los preceptos del citado Reglamento de Bienes, exponiendo los argumentos que pueden existir para una solución afirmativa, conviene realizar algunas precisiones sobre tales argumentos.
En primer lugar se afirma que las normas del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales son normas específicas y que, a diferencia del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales no es citado para derogarlo en la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Tales argumentos deben estimarse válidos y correctos siempre que produzcan la conclusión de circunscribir la vigencia de los preceptos del Reglamento de Bienes a lo que constituye su propio objeto, es decir, en el caso que nos ocupa, a las garantías provisionales y definitivas en concesiones demaniales, sin que tal vigencia pueda extenderse a supuestos nunca contemplados por el citado Reglamento, como son las concesiones de obras públicas y de servicios públicos.
En segundo lugar, se afirma que el artículo 130.2 de la Ley 13/1995 particulariza que los contratos de concesiones de obras públicas quedan sometidos a las normas generales de los contratos de obras y especialmente a los de publicidad, con lo cual "enfatiza en este último aspecto". Este argumento conduce a conclusión contraria a la que parece pretenderse, pues si las concesiones de obras públicas están sometidas a las normas generales de los contratos de obras, están sujetas a las que regulan las garantías, que son normas generales, siendo indiferente que el precepto destaque por diversos motivos, como puede ser el determinante del cambio normativo producido en las Directivas comunitarias y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la Ley de Contratos del Estado, que entre esas normas generales figuran las de publicidad.
Por último se utiliza el argumento de que las normas sobre garantías están contenidas en el Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículos 36 a 48) y el contrato de obras públicas es objeto de regulación en el Libro II de la Ley, de donde, sorprendentemente, parece llegarse a la conclusión de que el Libro I, en particular la regulación de garantías, no es aplicable al contrato de obras. Sin necesidad de extenderse en razonamientos sobre este extremo basta destacar, al efecto, que nunca ha sido cuestionado, ni podía serlo, en la legislación de contratos del Estado, y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que la regulación de las garantías provisionales y definitivas, resulta de plena aplicación al contrato de obras.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la constitución de garantías provisionales y definitivas en las concesiones de obras públicas y en las concesiones de servicios públicos se sigue íntegramente por las contenidas en el Capítulo III, Título II, Libro I (artículos 36 a 48) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que en las concesiones demaniales debe admitirse la subsistencia de los preceptos del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, con las especialidades que, en cuanto a garantías provisionales y definitivas se contienen en el artículo 87.3 y 90.1 del citado Reglamento.

Informe 61/96, de 18 de diciembre de 1996. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos Generales. Consecuencias del incumplimiento del concesionario.

ANTECEDENTES.
Por el Alcalde del Ayuntamiento de Lloseta (Baleares) se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

> *"El Art. 156,5 de la LCAP establece que el art. 96 no será aplicable al "Contrato de gestión de servicios".*
>
> *Parece pues que el ejercicio de la potestad sancionadora que compete a la Administración concedente, deberá subordinarse a las normas establecidas en el TRRL, RSCL y en las "disposiciones especiales del respectivo servicio".*
>
> *Se plantea pues la cuestión en el ámbito del servicio de suministro de agua potable, de cuales son las normas concretas que pueden dar cobertura a la tipificación en el ámbito de un Reglamento municipal del servicio, de las conductas irregulares del concesionario que puedan ser sancionadas por el Ayuntamiento.*
>
> *En cuanto a la cuantía de las sanciones (por ejemplo, multas pecuniarias) parece que el único referente, al ser inaplicable el art. 96 LCAP, son las previstas en el art. 59 del TRRL, cuya obsolesencia, por ser cuantías máximas, nadie pone en duda.*
>
> *¿La escala de penalidades establecida en el art. 96 de la LCAP cómo se determina?.*
>
> *¿Sobre el precio de licitación o sobre el precio de adjudicación del Contrato?."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.
1. Pese a la confusa redacción del escrito en el que se formula la consulta, parece desprenderse del mismo que son dos las cuestiones que se someten a consideración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, consistiendo la primera en determinar, por la inaplicabilidad del artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las consecuencias, principalmente en el aspecto sancionador, del incumplimiento por parte del concesionario de un servicio público y la segunda, sin conexión alguna con la anterior, si la escala de penalidades del artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se determina sobre el precio de licitación o sobre el precio de adjudicación del contrato.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada hay que empezar por señalar que el contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el Título II del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se rige, por expresa dicción del artículo 156.5 por la propia Ley salvo lo establecido en los artículos 96, 97, 103 y 111 y por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a ella, resultando así que las consecuencias del incumplimiento del concesionario han de ser examinadas desde la doble perspectiva de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y de la normativa reguladora del servicio de distribución o suministro de agua potable al que expresamente se refiere la consulta.
Desde el punto de vista de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la no aplicación al contrato de gestión de servicios públicos del artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas motivada, al igual que los preceptos de los artículos 97, 103 y 111, por la especial naturaleza del contrato y su incompatibilidad con los preceptos reseñados, no significa que el incumplimiento por

parte del concesionario no tenga consecuencias dentro de la propia Ley y, en concreto, dentro de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Así hay que señalar que el artículo 156.3 indica que, en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, dentro de cuyos poderes necesariamente han de figurar los que corresponden a la Administración en relación con el concesionario, cuando la deficiente marcha del servicio sea imputable al mismo; que el artículo 112, aplicable a todos los contratos, entre ellos al de gestión de servicios públicos, configura, en sus apartados g) y h), como causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y aquellas que se establezcan expresamente en el contrato, por lo que por esta vía de la resolución pueden articularse las consecuencias del incumplimiento del concesionario, y, finalmente, que el artículo 167 establece que si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca, por lo que esta vía de intervención del servicio es una medida legalmente prevista como consecuencia del incumplimiento del concesionario.
Desde el punto de vista de la normativa reguladora del servicio, en este caso el de distribución o suministro de agua potable, serán aplicables las normas que haya promulgado la Comunidad Autónoma de Baleares, si efectivamente ha asumido competencias en relación con este servicio y, en todo caso, las previstas en la legislación de Régimen Local, constituida por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de si la escala de penalidades establecida en el artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se determina sobre el precio de licitación o sobre el precio de adjudicación del contrato- debe ser resuelta en favor del segundo extremo de la alternativa, dado que el citado artículo 96 se refiere a la fase de ejecución del contrato en la que ha dejado de tener influencia el precio o presupuesto de licitación, que sólo produce efectos en la fase de adjudicación, por lo que las expresiones que utiliza el artículo 96 de "precio" o "importe" del contrato deben entenderse referidas al precio o importe por el que se ha adjudicado el contrato.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que ante la inaplicación del artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al contrato de gestión de servicios públicos, las consecuencias del incumplimiento por parte del concesionario pueden ser las previstas en los artículo 156.3, 112 apartados g) y h) y 167 de la propia Ley y las previstas en las normas reguladoras del servicio de distribución o suministro de agua potables.

2. Que la escala de penalidades del artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe determinarse sobre el importe de adjudicación y no sobre el presupuesto o importe de licitación.

Informe 18/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Diversas cuestiones relacionadas con la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento en el ámbito de un contrato de gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES.
Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Carballiño (Orense) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"El Ayuntamiento de O Carballiño en el año 1.990 licitó la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento, resultando adjudicataria la empresa AQUAGEST.

En la actualidad está vigente un contrato de gestión de tales servicios hasta el año 2003 y contiene cláusula expresa de prórroga tácita cada dos años, sin derecho a indemnización para la empresa en caso de rescisión por el Ayuntamiento.

Sin embargo los términos de la licitación no fueron muy acertados, toda vez que el Ayuntamiento viene asumiendo y acumulando una deuda con dicha empresa que año tras año se va incrementando hasta llegar a los 90 millones.

Por otra parte resulta urente acometer una serie de obras en abastecimiento y saneamiento en las redes correspondientes. Por una u otra cosa, el Ayuntamiento no tiene recursos económicos porque:

1) La deuda interior si se solicitase un préstamo superaría el 25%.

2) Las obras en infraestructuras básicas han de acometerse en el menor tiempo posible.

Es decir, surgen servicios y trabajos complementarios que no figuran en las bases de licitación y en el contrato, pero que resulta necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas. Unos y otros son inseparables técnica y económicamente del contrato principal sin causar mayores inconvenientes al Ayuntamiento.

Por todo ello, se formula, en base a estos datos, los siguientes extremos:

a) ¿Es posible acordar por el Pleno, sin esperar a la fecha límite contractual del año 2.003) (aunque estén convenidas la prórrogas tácitas, sin indemnización alguna en caso de denuncia) una prórroga expresa contractual?

En este caso ambas partes estudiarían el tiempo necesario para que la Empresa compense en su gestión prolongada, tanto el crédito que tiene contra el Ayuntamiento derivado de la gestión hasta el día de hoy, como el importe de obras a realizar, a cargo de la Empresa, en las de infraestructuras necesarias y urgentes para los servicios que presta.

¿En caso afirmativo hasta que límite de años?

b) En caso afirmativo puede efectuarse un contrato complementario, siguiendo criterios del art. 164.1) y 2) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre modificaciones y equilibrio financiero.

c) De no ser posible convenir esta prórroga, el Ayuntamiento tendría que rescindir el contrato actual e indemnizar los daños y perjuicios a la empresa Aquagest, de mutuo acuerdo.

¿Se podría iniciar nueva licitación pública, introduciendo en las Bases una que exigiese al adjudicatario, entre otras prestaciones:

- Entrega al Ayuntamiento de una suma equivalente a la deuda con Aquagest, más la indemnización por daños y perjuicios derivados de la resolución anticipada convenida.

- Aportar al Ayuntamiento o contraer la obligación de ejecución de las obras urgentes en infraestructuras de los citados servicios de abastecimiento de aguas, según estudios y Proyectos".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas ha de significarse que el único elemento de juicio con que cuenta esta Junta Consultiva para emitir el informe solicitado es el escrito firmado por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Carballiño, pues ni ha sido remitido el pliego de cláusulas de explotación, término utilizado por la Ley de Contratos del Estado bajo cuyo régimen se celebró el contrato, ni el documento de formalización del contrato, documentos esenciales definidores de los derechos y obligaciones de las partes y, con fundamento a los cuales, habría que resolver las cuestiones concretas suscitadas.

Por otra parte, también con carácter previo, deben ser reiterados criterios anteriores de esta Junta, sobre el alcance y significado de sus informes, pues caracterizada la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa, en el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la circunstancia de que el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, después de enumerar los órganos que pueden solicitar informe a la Junta, afirme que "igualmente podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades Locales", no autoriza a interpretar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene a sustituir la competencia de órganos consultivos propios -en este caso del Ayuntamiento de Carballiño- en la tramitación de los expedientes concretos de contratación, pues así lo ha puesto de relieve el informe de esta Junta de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 62/96) y así resulta del Preámbulo del citado Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, en el cual se justifica la posibilidad de que Comunidades Autónomas y Entidades Locales puedan solicitar informe a la Junta, posibilidad inexistente en la regulación anterior de la propia Junta, en ser una "consecuencia del principio de colaboración entre las Administraciones Públicas que puede hacerse especialmente conveniente en razón a las especificidades técnicas de la normativa básica del Estado en materia de contratos administrativos", cosa muy distinta a convertir a la Junta Consultiva en el órgano informante de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en las cuestiones concretas que se planteen en sus expedientes de contratación.

En este apartado, por último hay que significar que tanto la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la derogada Ley de Contratos del Estado atribuyen una importancia decisiva en la regulación del contrato de gestión de servicio público a las disposiciones específicas del propio servicio, por lo que si la Comunidad Autónoma de Galicia ha promulgado normas sobre el servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento, objeto del contrato adjudicado por el Ayuntamiento de Carballiño, en

estas normas podrán encontrarse, quizá, soluciones concretas a los extremos planteados.

2. Con las salvedades reseñadas, se pasa examinar, en términos generales, los extremos suscitados en el escrito de consulta, comenzando por el relativo a la posible prórroga, mejor ampliación del plazo de concesión, del contrato adjudicado el año 1990 por el Ayuntamiento de Carballiño a favor de la empresa Aquagest.
La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 164, literalmente casi idéntico en estos extremos al artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado, que resultaría aplicable, señala que la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios añadiendo que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básico en la adjudicación del contrato.
Al amparo de este artículo y siempre que se cumpla lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado expresivo de que la gestión del servicio público no podrá tener carácter perpetuo o indefinido fijándose expresamente su duración y las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que en ningún caso pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de noventa y nueve años es evidente que el contrato que en teoría se examina podrá ser modificado en el sentido de ampliar el plazo de la concesión, siempre, como es evidente que no resulte otra cosa del pliego o clausulado del contrato y de las posibles disposiciones de la Comunidad Autónoma de Galicia relativas al abastecimiento de aguas y saneamiento.
La solución propugnada -la posible modificación del contrato- ha de articularse como tal modificación, por lo que debe excluirse la celebración de un contrato complementario, al que se alude en el apartado b) del escrito de consulta.

3. En cuanto a la posibilidad consignada en el apartado c) del escrito de consulta en el sentido de que el Ayuntamiento tendría que rescindir el contrato actual e indemnizar los daños y perjuicios a la empresa Aquagest, de mutuo acuerdo, hay que señalar que si bien esta posibilidad resultaría factible al amparo del artículo 166 del Reglamento General de Contratación del Estado, la resolución por mutuo acuerdo queda excluida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que exige que no concurra otra causa de resolución (artículo 113.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), dado que aquí concurriría el incumplimiento por la Administración y sería posible al contratista instar la resolución con los efectos reseñados, es decir, indemnización al mismo de los daños y perjuicios ocasionados.

4. En cuanto a las posibilidades señaladas en la última parte del escrito de consulta, iniciar nueva licitación exigiendo la aportación de determinadas cantidades debemos remitirnos a nuestro anterior informe de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95) en el que literalmente se afirmaba:

> *"No resultan necesarias extensas consideraciones para afirmar que las llamadas "prima de adjudicación" y "aportaciones voluntarias en metálico" constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos, si, como se afirma en el escrito de consulta, la mayor prima de adjudicación y la mayor aportación voluntaria se convierten en elementos determinantes a la hora de seleccionar las ofertas y se establece un mínimo para la llamada aportación voluntaria.*
>
> *Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación sin que puedan ser alteradas por primas o aportaciones a satisfacer por el adjudicatario, lo que en realidad puede lindar con actividades*

delictivas y, en todo caso, suponen una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos inherentes a la contratación que en todo momento deben ser aplicados con estricta rigurosidad por las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, conviene señalar que tampoco podría admitirse las fórmulas propuestas como medio de financiación de las Entidades Locales, ya que deben considerarse irregulares, teniendo en cuenta lo dispuesto en las disposiciones reguladoras de dicha financiación".

CONCLUSIONES.
Por los expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que al no haberse remitido los pliegos ni las cláusulas contractuales del contrato adjudicado a la empresa Aquagest por el Ayuntamiento de Carballiño en el año 1990, faltan elementos de juicio para poder opinar sobre las cuestiones planteadas.

2. No obstante lo anterior, con carácter general, debe admitirse la posibilidad de modificación y resolución de un contrato de gestión de servicios públicos siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la anterior legislación de contratos del Estado, aplicable por razón de la fecha de adjudicación, y las disposiciones específicas del servicio de agua potable y saneamiento, entre ellas, las que haya podido adoptar la Comunidad Autónoma de Galicia.

3. Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95).

Informe 25/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales. Inaplicación a las uniones temporales de empresas del límite de diez años de duración previsto en el artículo 8, c), de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

ANTECEDENTES.

1. Por el Consejero de Industria, Trabajo y Turismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En el Pliego de cláusulas administrativas particulares para la gestión y explotación en régimen de concesión administrativa del "Servicio público de I.T.V. de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia" se señala, en su apartado 12, que: "Asimismo, podrán presentar ofertas las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto. En el caso de que resultasen adjudicatarios deberán formalizar la constitución de las mismas en escritura pública antes de la adjudicación del contrato".

El mismo Pliego, en su apartado 16, referido a las obligaciones previas a la formalización del contrato, establece que "Tratándose de uniones temporales de empresarios, (deberán aportar) escritura pública de formalización de las mismas, si tal constitución hubiera tenido lugar con posterioridad a la presentación de la oferta correspondiente".

Al amparo de dichas prescripciones han concurrido cinco uniones de empresarios, en los términos que resultan de las fotocopias que se acompañan, y constituidas por:

1. General de Servicios I.T.V., S.A.; Mediarco Portuaria, S.L.; Aragonesa de Servicios I.T.V., S.A.; e I.T.V. Insular, S.A.

2. Ingeniería de I.T.V., S.A.; e I.T.V. Euromóvil, S.L.

3. Urbaser, S.A.; y Tüv Rheinland Ibérica, S.A.

4. Inspección Técnica de Vehículos Leonesa, S.A. (ITEVELESA); y Agrifu, S.A.

5. Control I.T.V. S.A.; Supervisión y Control, S.A. y Ruan Patrimonio, S.L.

Teniendo en cuenta que el período inicial de la concesión del servicio es de 20 años (apartado 6 del Pliego), se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del R.D. 30/1991, de 18 de enero, informe sobre si a tales licitadores les afecta la limitación temporal de 10 años (ampliable a uno más) establecida en el artículo 8.c de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, lo que, en caso afirmativo, podría llevar a la imposibilidad legal del cumplimiento del contrato".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan fotocopias de las solicitudes de uniones de empresarios y del pliego de cláusulas administrativas particulares para la concesión y explotación en régimen de concesión administrativa del "servicio público de I.T.V. en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión suscitada en el presente expediente -la de si a las uniones temporales de empresarios que contempla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas les resulta de aplicación la limitación temporal de duración prevista en el artículo 8 c) de la Ley 19/1982, de 26 de mayo- ha de ser resuelta mediante el examen comparativo de ambos textos legales para determinar la posible conexión entre los mismos.

2. La Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, como excepción al requisito de la personalidad del empresario para contratar con la Administración, ha dado acogida en su artículo 24 a la figura que denomina uniones de empresarios señalando, en su apartado 1, que "la Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto". A continuación el propio artículo 24 detalla los requisitos de clasificación, nombramiento de representante o apoderado único y formalización en escritura pública una vez adjudicado el contrato y señala los efectos que produce la contratación con uniones de empresarios que concurren unidos quedando obligados solidariamente frente a la Administración hasta la extinción del contrato. Por su parte, el artículo 32 establece reglas para la clasificación de las uniones temporales de empresarios que carecen de interés a efectos del presente informe.
La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en este extremo, no hace más que seguir la regulación contenida en el artículo 10 de la Ley de Contratos del Estado y en los artículos 26 y 27 del Reglamento General de Contratación del Estado para las que entonces se denominaban agrupaciones de empresarios estableciendo requisitos similares, por no decir idénticos, a los de la legislación vigente.
En cuanto al problema de la duración de las uniones de empresarios y antes de las agrupaciones de empresarios, salvo la indicación de su carácter temporal no se contiene, ni se contenía, ninguna otra precisión en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni en la legislación anterior, por lo que es lícito sostener que cumpliendo este requisito de la temporalidad la duración de la unión de empresarios ha de ligarse a la duración del contrato pues sería contradictorio en sí que la Ley admitiese y regulase contratos con duración superior a diez años, que admitiese que a los mismos pudiesen concurrir uniones de empresarios y que los mismos tuviesen que ser descartados de la licitación por un requisito no exigido expresamente, existiendo, por el contrario argumentos tendentes a sostener la vinculación de la duración de la unión de empresarios a la duración del contrato en el propio artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que el representante o apoderado único deberá ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven "hasta la extinción del mismo" y en el artículo 27, segundo párrafo, del Reglamento General de Contratación del Estado, norma reglamentaria que puede considerarse subsistente al amparo de la disposición derogatoria de la Ley y en el que se expresa que para que sea eficaz la agrupación frente la Administración bastará la indicación de los integrantes de la agrupación y de su participación y la designación de representante, debiendo interpretarse el término "bastará" en su sentido literal de ser suficiente o de no exigirse otros requisitos, entre ellos, la posible limitación de la duración de la agrupación de empresarios, en la terminología de la legislación anterior, o de la unión de empresarios en la terminología utilizada, para referirse a la misma figura, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
Como resumen de este apartado debe concluirse que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo el carácter temporal, no impone límite a la duración de las uniones de empresarios existiendo argumentos suficientes para sostener que dicha duración ha de ser la misma que la del contrato de que se trate.

3. La Ley 18/82, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional, cuyo título y

contenido son suficientemente expresivos en cuanto a su finalidad -el establecimiento de un régimen fiscal especial- precisamente por esta razón carece de influencia en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas ya que el artículo 1º comienza por señalar que las agrupaciones de empresas, las uniones temporales de empresas y los contratos de cesión de unidades de obras que cumplan las condiciones y requisitos que se establecen en la presente Ley podrán acogerse al régimen tributario previsto en la misma y el artículo 8 c), que es el que suscita las dudas interpretativas, si bien es cierto que señala que las uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto pero siempre con el límite máximo de diez años, excepcionalmente prorrogables a once, también lo es que como reza el encabezamiento del propio artículo 8 el cumplimiento, entre otros, de este requisito se exige "para la aplicación del régimen tributario establecido en esta Ley".

4. Como conclusión de este informe debe mantenerse que no existe conexión entre los textos legales examinados -Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y Ley de régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas- pues mientras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece los requisitos que han de reunir las uniones de empresarios para contratar con la Administración, sin establecer más límite a su duración que el resultante de la duración del contrato sin remitirse, como podía perfectamente haberlo hecho a la segunda, ésta última establece requisitos para la aplicación de un determinado régimen fiscal y estos requisitos, o bien son distintos, o bien operan con independencia de los establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Por lo demás este criterio ha sido ya mantenido por esta Junta en su informe de 30 de mayo de 1996 (Expediente 24/96) al declarar que *"los requisitos para la contratación con uniones de empresarios son los que resultan de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de las normas reglamentarias de desarrollo que deben considerarse vigentes, sin que, en ninguna de ellas figure limitación temporal alguna para su duración y ello por no resultar aplicable la fijada en el artículo 8 de la Ley de 28 de mayo de 1982 sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas, resultando significativo al respecto que el artículo 24.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su párrafo segundo, se refiera expresamente al ejercicio de derechos y cumplimiento de las obligaciones que del contrato se deriven "hasta la extinción del mismo" lo que avala la interpretación señalada de que las uniones de empresarios tienen necesariamente que tener la misma duración que la del contrato al que concurren".*

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, según la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la duración de las uniones de empresarios que contraten con la Administración ha de ser idéntica a la duración del propio contrato, sin que resulte de aplicación la limitación de diez años, ampliables a once, prevista en el artículo 8 c) de la Ley 18/82, de 26 de mayo.

Informe 55/97, de 23 de diciembre de 1997. Pliegos de cláusulas administrativas particulares y generales. "Pliego de bases y pliego de cláusulas administrativas particulares para concurso público y adjudicación de concesión administrativa para construcción y explotación de autopista de peaje Alicante-Cartagena".

ANTECEDENTES.

1. Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

> "*Adjunto se remite a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, el Pliego de bases y el Pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso público para la adjudicación de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante Cartagena: tramo desde la autovía A-7 (Alicante-Murcia) hasta Cartagena. El Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión se modifica, en el Pliego de bases, en las bases cuarta, quinta y octava, y en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, en las cláusulas 3ª;, 4ª; y 5ª;."*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo el pliego de bases y el pliego de cláusulas administrativas particulares para la licitación de la autopista Alicante-Cartagena de cuyas bases y cláusulas, a efectos del presente informe, conviene destacar los siguientes extremos:

a) Del pliego de bases:

- El apartado A de la base cuarta establece que "*la referencia que en la cláusula 14 del pliego de cláusulas generales se hace al artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas ha de entenderse hecha al artículo 282 del Texto Refundido de la misma Ley".*

- El apartado B de la misma base cuarta indica que *"las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias se regirán en la forma prevista en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, mediante títulos nominativos o anotaciones en cuenta. Los órganos rectores de la Sociedad deberán comunicar a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determina, la titularidad inicial de las acciones. También comunicarán a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, las alteraciones que experimenten posteriormente en la titularidad de las acciones que impliquen un aumento o disminución de la participación en el capital social de la Sociedad Concesionaria igual o superior al 1%. No serán de aplicación, por tanto, los apartados a) y c) de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales".*

- El apartado E, también de la base cuarta consigna que *"la revisión y modificación del plan económico financiero previstas en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales no implicará nunca incremento del préstamo participativo concedido por el Estado".*

- La base décima establece que *"en todo lo no previsto en las anteriores bases será de aplicación lo establecido en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y en el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, ambas disposiciones para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Con carácter supletorio será de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".*

b) Del pliego de cláusulas administrativas particulares:

- La cláusula 1, bajo el título de legislación aplicable, determina que *"la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena: Tramo "Desde la Autovía A-7 (Alicante-Murcia) a Cartagena", se regirá por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; por las prescripciones de este Pliego y por el Pliego de Bases de este concurso; por las del Pliego de Cláusulas aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulte válidamente modificado por los anteriores; por el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje y, con carácter supletorio, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas".*

- La cláusula 3, bajo el título de especialidades, en sus párrafos segundo y tercero, establece que *"las acciones de la sociedad concesionaria podrán estar representadas mediante títulos nominativos o anotaciones en cuenta, según lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. No serán por tanto de aplicación los apartados a) y c) de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales" y que "en el caso de que la sociedad concesionaria obtuviera una o varias concesiones antes de la extinción de aquélla objeto del presente concurso no será de aplicación la cláusula 17 del Pliego de cláusulas generales. Tampoco será de aplicación la mencionada cláusula 17, cuando la sociedad concesionaria realice, dentro de su objeto social, otras actividades que le permita la Ley y cuya realización se extienda en el tiempo por encima de la duración de la concesión objeto del presente concurso".*

- La cláusula 4, titulada recursos propios, establece en su párrafo octavo que *"una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de alguno de sus tramos, el concesionario tendrá libertad para distribuir dividendos con cargo a reservas de libre disposición o resultados del ejercicio, sin más limitaciones que la reserva legal establecida por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos que en cuanto a capital y recursos movilizados que, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, determine el Real Decreto de adjudicación. No serán por tanto de aplicación las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales".*

- La misma cláusula 4, en su párrafo noveno indica que *"las posibles inversiones de la sociedad en activos que no sean objeto de reversión y que la sociedad realice para otras actividades dentro de su objeto social permitidas por la Ley podrán financiarse con recursos propios o ajenos, siendo requisito, en caso de que se financien total o parcialmente con recursos ajenos, la presentación de contabilidades separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28 apartado e) del pliego de cláusulas generales".*

- La cláusula 5 referente a recursos ajenos determina en su párrafo segundo que *"en el plan económico financiero figurará de forma concreta el período de financiación máximo previsto, que no podrá exceder del período de concesión. No será de aplicación la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de*

cláusulas generales que reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de la concesión".

- La cláusula 9, titulada licitación de la obra viene a establecer, en su segundo párrafo, que en el caso de empresas agrupadas o vinculadas *"el concesionario deberá realizar directamente con organización y medios propios un volumen de obra cuyo presupuesto alcance, al menos, el 50 por 100 del presupuesto del tramo o fracción de que se trate"* concluyendo que *"no será de aplicación por tanto la limitación del 80% que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales".*

- Finalmente la cláusula 25, referente a extinción y liquidación de la concesión viene a declarar en sus apartados II y III la no aplicación de los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales en cuanto a la devolución y liquidación a favor del concesionario del valor patrimonial de la concesión.

CONSIDERACIONES.

1. El artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que "la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informará, con carácter previo, todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a lo previsto en los correspondientes pliegos generales" precepto que, interpretado conjuntamente con el artículo 50.4 de la propia Ley, viene a configurar la competencia específica de esta Junta en estos casos, que queda limitada a informar, con carácter preceptivo aunque no vinculante, las estipulaciones contrarias al correspondiente pliego de cláusulas generales, en este caso, el aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa deba extenderse a otros extremos a los que debe referirse el informe del Servicio Jurídico del Departamento previsto, también con carácter preceptivo pero no vinculante, en el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por lo demás el alcance del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene predeterminado correctamente en el escrito del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento al precisar que se solicita este informe a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al señalar expresamente las bases y cláusulas que modifican y, por tanto, contradicen el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

2. La conclusión anterior que, aparentemente y a primera vista, no parece suscitar especiales dificultades requiere, sin embargo, que, con carácter previo se determine el régimen jurídico de las concesiones de autopistas y, en particular, la incidencia que en las distintas cláusulas del pliego de cláusulas generales han podido producir disposiciones posteriores al año 1973, cuestión que evidentemente aparece como condicionante del contenido actual de dicho pliego y de la posible contradicción con el mismo de las bases y cláusulas de los pliegos que ahora se examinan.

La Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, establecía en su artículo 2 que las concesiones que constituían su objeto se regirían por lo dispuesto en la propia Ley y, supletoriamente por la legislación de contratos del Estado y en su disposición final tercera preveía la aprobación de un Pliego de cláusulas generales, que fue definitivamente aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

La disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a su contenido, no produjo este efecto derogatorio respecto de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, por cuanto, según la doctrina más autorizada la Ley general

posterior -en este caso la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- no deroga la Ley particular anterior -en este caso la Ley 8/1972, de 10 de mayo-, confirmándose tal conclusión por la circunstancia de que el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dá nueva redacción a los artículo 2, 8.2, 13 f), 25 y 30.1 y añade un artículo 25 bis nuevo y una disposición adicional nueva a la citada Ley 8/1972, de 10 de mayo, siendo de destacar que la nueva redacción del artículo 2, apartado 1 viene ahora a establecer que "las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley que se aplicará y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado", con lo que pese a su defectuosa redacción -la ininteligible expresión "que se aplicará" y la remisión a "la legislación de contratos del Estado" y no a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas- no puede dejar duda alguna sobre la vigencia de la Ley 8/1972, de 10 de mayo.

Cuestión completamente distinta ha de plantearse en relación con el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, pues por su naturaleza de pliego de cláusulas para la contratación ha de ajustarse a las normas legales y reglamentarias que regulan la materia como expresamente establece el artículo 49.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, indicando que los pliegos de cláusulas administrativas generales han de ajustarse a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo y, por tanto, en este caso a los de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y, supletoriamente a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Con ello se quiere decir, como primera conclusión de este informe que los extremos de las cláusulas del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, que estén en contradicción con la Ley 8/1972, de 10 de mayo o con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas deben considerarse que han perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de las cláusulas o bases que traten de ajustarse a la normativa vigente, tanto de contratos administrativos como, en este caso que se examina, de Sociedades anónimas, no pueden considerase contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por esta Junta.

Las consideraciones hasta aquí realizadas permiten apuntar dos cuestiones de índole formal, carentes de trascendencia substantiva en el presente expediente. La primera consiste en sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y del cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo en la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego de cláusulas administrativas particulares, con lo que se produciría un ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que solo distingue entre pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares evitándose además las innecesarias reiteraciones que en la redacción del pliego de bases y el de cláusulas administrativas particulares se observan. La segunda cuestión que debe suscitarse es la de la posibilidad de que, a la vista del desajuste del pliego de cláusulas generales de 25 de enero de 1973 con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas -y con otras disposiciones posteriores, como la Ley de Sociedades Anónimas, se procediera a modificar el pliego de cláusulas generales, con lo que este desajuste sería corregido, cumpliendo los trámites que actualmente establece el artículo 49 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En este momento también debe señalarse reiterando lo anteriormente expuesto que el régimen jurídico de las concesiones de autopistas viene predeterminado, con independencia del pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo y por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo que produce una doble consecuencia: de un lado, de que la base décima del pliego de bases y la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, aunque ajustadas a la cláusula 1 del pliego de cláusulas generales, deban ser corregidas en su redacción en el sentido apuntado y, de otro lado, de que todos los extremos de las bases y cláusulas de los pliegos que se

examinan que tengan por exclusiva finalidad ajustar su contenido a la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como sucede en las bases tercera, quinta, séptima, octava y novena del pliego de bases o, en su caso, a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, como sucede en la base cuarta, apartado A del pliego de bases y en las cláusulas 3, párrafo primero, y 4, párrafo segundo del pliego de cláusulas administrativas particulares, no pueden considerarse estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales que requieren el informe preceptivo de esta Junta Consultiva.

3. Teniendo en cuenta las indicaciones anteriores se pasa a examinar los extremos del pliego de bases y del pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión de la autopista Alicante-Cartagena en los que se puede apreciar contradicción o alteración de lo dispuesto en el pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta Consultiva.

- En la base cuarta, apartado b) del pliego de bases y en la cláusula 3, segundo párrafo, del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones de la sociedad concesionaria podrán estar representadas mediante títulos nominativos o anotaciones en cuenta y que no serán de aplicación los apartados a) y c) de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales. En este extremo las citadas base cuarta y cláusula 3 de los pliegos se apartan y modifican el contenido de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria facilitando su acceso al mercado de valores, en particular a otras sociedades concesionarias y estableciendo un control del accionariado por parte de la Delegación del Gobierno en Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, similar al existente en el citado mercado de valores, se entiende justificada esta modificación de la cláusula 19 del Pliego de cláusulas generales.

- En la cláusula 3, párrafo tercero del pliego de cláusulas administrativas particulares se declara no aplicable la cláusula 17 del pliego de cláusulas generales en el caso de que la sociedad concesionaria obtuviese nuevas concesiones o realice otras actividades permitidas por la Ley. Como la cláusula 17 del pliego de cláusulas generales solo atendía a la duración de la sociedad determinada por la duración de la concesión, parece lógica esta excepción que prevé el otorgamiento de nuevas concesiones o la realización de nuevas actividades permitidas por la Ley a las sociedades concesionarias.

Con la misma previsión de que la sociedad concesionaria realice actividades distintas de la concesión, la cláusula 4, párrafo 9 exceptúa la aplicación de la cláusula 28 e) que imponía la financiación con recursos propios, admitiendo la financiación con recursos ajenos, para estas actividades distintas aunque exigiendo contabilidades separadas. Por responder a la nueva normativa que permite actividades distintas de la concesión a las sociedades concesionarias, esta excepción de la cláusula 28 d) del pliego de cláusulas generales se considera justificada.

- La cláusula 5, párrafo segundo del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que el período de financiación no podrá exceder del período de concesión y que, en consecuencia no será de aplicación la limitación de la mitad del plazo de concesión prevista en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales. Como esta modificación pretende flexibilizar la financiación considerando que serán las entidades financiadoras las que pongan, en su caso, límites temporales a su financiación, sin que, por otra parte, el límite de la mitad del plazo de la concesión suponga beneficio alguno para la Administración se

considera justificada la modificación de la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales.

- La base cuarta, apartado E) del pliego de bases indica que la revisión y modificación del plan económico financiero previstas en la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales no implicará nunca incremento del préstamo participativo concedido por el Estado, con lo cual no se está estableciendo estipulación contraria al pliego de cláusulas generales, sino méramente aclarativa del contenido de su cláusula 47.

- La cláusula 4, octavo párrafo, del pliego de cláusulas administrativas particulares declara no aplicables las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales en cuanto a distribución de beneficios y materialización de reservas. La justificación de esta inaplicación se sitúa en la finalidad de flexibilizar la estructura financiera de la sociedad concesionaria, permitiendo una mayor tasa de rentabilidad para el accionista y menor necesidad de aportación pública, eliminándose, además, la reserva especial que, sin aumentar la solvencia supone un coste importante para el concesionario. Por ello se consideran justificadas las declaraciones de los pliegos de inaplicación de las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales.

- La cláusula 9, segundo párrafo, del pliego de cláusulas administrativas particulares declara la no aplicación del límite del 80% prevista en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales, sustituyéndolo por el límite del 50% para las obras que el concesionario ha de realizar directamente, sustitución que por favorecer la subcontratación y la participación de pequeñas y medianas empresas merece un juicio favorable.

- La cláusula 25, apartados II y III del pliego de cláusulas administrativas particulares declara la no aplicación de los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Como la inaplicación en este caso tiene por objeto establecer un nuevo sistema de valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración que desincentive el incumplimiento del concesionario, también parece justificada, en este caso, la no aplicación de los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.

CONCLUSIONES:
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que, aunque conforme al artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el informe preceptivo de las estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, que se incluyen en los pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares para la concesión de la autopista Alicante-Cartagena, dicho informe no debe extenderse a los extremos de las bases y cláusulas que se ajustan a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas o a la Ley de Sociedades Anónimas y que, por tanto, no responden al concepto estricto de estipulaciones contrarias a los pliegos generales a que se refiere el citado artículo 51. Tampoco debe extenderse, por lo indicado al comienzo de las consideraciones a extremos sobre los que necesariamente debe pronunciarse el Servicio Jurídico del Departamento, de conformidad con el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que las restantes modificaciones que los pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares contienen en relación con el pliego de cláusulas generales, en cuanto alteran el contenido de sus cláusulas 17, 19, apartados a) y c),

28.c), 46, 47, 54, 55, 67 y 107, apartados e) y f) se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 3 de este informe.

Informe 14/98, de 11 de junio de 1998. Actualización de precios. "Consulta sobre actualización de tarifas del contrato de gestión de servicios públicos".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Lloseta (Baleares) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> "*En relación a los expedientes de actualización de tarifas del servicio público de abastecimiento de agua potables (gestionado por concesión administrativa), se formula la siguiente consulta:*
>
> *1. ¿Es de aplicación a esta materia el Reglamento de Verificaciones Eléctricas?.*
>
> *2. ¿Puede computarse como gasto de explotación del servicio la cuantía del Impuesto sobre Sociedades, a los efectos de su repercusión vía tarifas?.*
>
> *3. El Ayuntamiento, en concepto de canon concesional, percibe un porcentaje sobre la facturación de la cuota de consumo, ¿es computable dicho canon como gasto de explotación y repercutible vía tarifa?."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De los escuetos términos en que aparece redactado el escrito de consulta, en forma de tres preguntas concretas, se desprende que el mismo no reúne los requisitos exigidos para solicitar informe, ni desde el punto de vista general, ni desde el punto de vista de la contratación administrativa, sin perjuicio de que del mismo escrito parece deducirse que, en realidad, se están planteando cuestiones ajenas a esta última.

2. Desde un punto de vista general, el artículo 82 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que en la solicitud de informes no preceptivos, cual es el solicitado, se fundamentará la conveniencia de reclamarlos y se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita, sin que estos requisitos se cumplan en el escrito que se examina, dado que la forma de preguntas concretas en que aparece redactado impide conocer cuales son los antecedentes de hecho y consideraciones sobre posibles soluciones que permitan afirmar que se ha fundamentado la conveniencia de solicitar el informe y la concreción del extremo o extremos sobre el que se solicita.

3. Con mayor claridad, si cabe, se llega a idéntica conclusión desde el punto de vista de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta puede desprenderse que se trata de la actualización de tarifas en contratos ya adjudicados de gestión del servicio de agua potable, por lo que la emisión del informe solicitado requeriría el examen de los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares que por ser, según el artículo 50.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, definidores de los derechos y obligaciones de las partes necesariamente han de incluir el sistema o fórmula de revisión o actualización de tarifas o la remisión a las normas con arreglo a las cuales deba llevarse a cabo, siendo el desconocimiento de los pliegos elemento determinante que veda el pronunciamiento concreto de esta Junta Consultiva.

4. Si contrariamente a la hipótesis planteada en el apartado anterior se suscita la cuestión genérica de aplicación de las disposiciones existentes o elaboración de

disposiciones sobre revisión o actualización de tarifas en los servicios de abastecimiento de agua potable, no la concreta de las actualizaciones de tarifas en contratos ya adjudicados, es evidente que se está suscitando una cuestión ajena a la contratación administrativa, dado que el artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio y sobre estas últimas disposiciones, entre las que deben figurar las relativas a actualización o revisión de tarifas en la hipótesis que hemos planteado, carece de competencia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y deben quedar remitidas al órgano consultivo competente, dado lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, y dado que la posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 17 del Real Decreto citado de que los Presidentes de Entidades Locales puedan solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha de entenderse limitada a su competencia específica, es decir a la materia de contratación administrativa, sin que pueda extenderse a cuestiones ajenas a la misma como son las de elaboración y aplicación de disposiciones sobre tarifas en el servicio de abastecimiento de agua potable.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que debe abstenerse de cualquier pronunciamiento en las preguntas concretas formuladas por el Alcalde de Lloseta, por no haberse concretado los antecedentes y cuestiones suscitadas y porque, en definitiva, parece aludirse a cuestión ajena a la contratación administrativa, cual es la de las disposiciones relativas a tarifas en el servicio de abastecimiento de agua potable.

Informe 17/98, de 11 de junio de 1998. Conceptos generales. "Posible inclusión del Impuesto de Sociedades como factor de coste de las tarifas de suministro de agua potable".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Pollensa (Baleares) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor:

> *¿Se puede incluir el impuesto sobre beneficios (Impuesto sobre sociedades) como un factor de coste de las tarifas de suministro de agua potable, en cuanto a gasto contable que es según normativa mercantil vigente, y que viene siendo aceptado por la Comisión de Precios de Baleares como un componente más de coste del servicio?.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La cuestión que escuetamente se plantea en el escrito del Alcalde de Pollensa es ajena a temas de contratación administrativa, ya que expresamente se consigna en dicho escrito que e refiere a la posible inclusión o no de una partida (Impuesto sobre sociedades) en el coste de las tarifas de suministro de agua potable, por lo que, al no hacer referencia a contratos administrativos, hay que entender que la cuestión se refiere a "las disposiciones especiales del respectivo servicio" que menciona el artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo reiterarse el criterio de esta Junta expuesto en su informe de 18 de octubre de 1996 (expediente 54/96), también mantenido en los informes de esta misma fecha (expedientes 7/98, 14/98 y 15/98), de que, de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es órgano consultivo en materia de contratación administrativa, y que la posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 17 del citado Real Decreto de que los Presidentes de Entidades Locales puedan solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha de entenderse limitada a su competencia específica, es decir, a la materia de contratación administrativa debiendo quedar remitidas las ajenas a dicha materia al órgano consultivo competente, lo que en cierto modo, reconoce el propio escrito en el que se formula la pregunta, al citar la normativa mercantil vigente y la aceptación del criterio afirmativo por la Comisión de Precios de Baleares.

Informe 47/98, de 17 de marzo de 1999. "Prórroga del plazo de una concesión".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Coruña se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de A Coruña, en sesión de fecha 22 de abril de 1993, acordó convocar concurso para la "Concesión del servicio de instalación en la vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general", destinado a colocar en todo el término municipal postes de señalización de direcciones y de destino.

Previos los trámites oportunos, al concurso resultaron presentadas y admitidas cinco proposiciones y el Pleno del Excmo. Ayuntamiento, en sesión de 11 de marzo de 1994, acordó la adjudicación a Mobiliario Urbano de Galicia, S.A. por plazo de quince años improrrogable, que finaliza en el 2009.El adjudicatario presentó una propuesta con varias combinaciones que en lo referente a señalización precisaba la cantidad de 90 postes.

Pasados cuatro años del inicio de la concesión y colocados los citados 90 postes la Unidad de Circulación de este Ayuntamiento, ante las peticiones de los usuarios así como a la dinámica de la circulación de la ciudad, plantea la necesidad de dotar de un mayor número de postes de señalización, sin incrementar la contrapartida de mobiliario dedicado a explotación publicitaria, siendo este último junto con el tiempo de la concesión el soporte económico de la misma. La Unidad de Circulación estima la necesidad de señalizar con al menos 200 y así se lo transmite al concesionario de eta propuesta.

La empresa concesionaria admite la propuesta municipal siempre y cuando se acuerde la prórroga de la concesión hasta el año 2020, como contraprestación a la inversión que tendrá que realizar, ya que al no incrementar la oferta de soporte económico y publicitario y la señalización sería exclusivamente para incrementar y aumentar la existente en el término municipal que de acuerdo con la anterior concesión se estimaba en 90 postes, la contraprestación a esa inversión el actual concesionario la evalúa en el incremento de la duración de la concesión.

A la vista del escrito presentado por el concesionario, esta Alcaldía Presidencia se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en aplicación del art. 17-2 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para que, si así lo estima procedente, emita el oportuno dictamen en orden a esclarecer la siguiente cuestión:

La concesión actual corresponde a la señalización de todo el municipio: en su momento la Corporación consideró que esa era la mejor oferta para las necesidades del Municipio.

"Es posible acordar la prórroga del plazo de la concesión ante una nueva decisión del Servicio de Circulación de incrementar el servicio de instalación en la vía pública de soportes de información o bien es necesario la convocatoria de nueva licitación, y en este último caso, en que condiciones quedaría el actual concesionario del término municipal".

Se adjunta el pliego de condiciones regulador de la concesión, así como los informes y otros documentos de interés que obran en el expediente».

2. Conforme se indica en el último inciso del escrito anterior se acompañan al mismo fotocopia de diversos documentos entre los que, a efectos del presente informe, se destacan los siguientes:

a) Pliego denominado de condiciones técnicas y económico administrativas que ha de regir el concurso para la concesión del servicio de instalación en vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general, del que deben destacarse las siguientes cláusulas:

- 1. Objeto del contrato.

El objeto del presente concurso en la Concesión del servicio relativo a la instalación y conservación por el concesionario de soportes de información y otro mobiliario urbano de interés general en la vía pública, en todo el Término Municipal mediante su explotación publicitaria, a excepción de los relojes con información y publicidad y de las marquesinas y su soporte publicitario que la sustenta.

Las empresas concurrentes se comprometen, a su costa, a diseñar, construir, instalar, reponer y mantener los elementos en cuestión, explotando el servicio, mediante la forma legal de concesión administrativa, en los términos que se señalan en este Pliego.

La concesión del presente concurso, se otorgará con carácter global, fijándose por los licitadores el número de unidades a instalar.

- 19. Plazo de concesión.

El plazo de la concesión será de quince años, improrrogable, y se contará a partir de la fecha del contrato de concesión.

- Artículo 43.

En lo no previsto en este Pliego se estará a lo que dispone el Real Decreto Legislativo 931/86, de 2 de mayo, el Real Decreto 2528/86, de 28 de noviembre, Ley de Bases del Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Reglamentos de Bienes de las Corporaciones Locales y supletoriamente, la Ley de Contratos del Estado y restantes normas de Derecho Administrativo.

b) Documento de formalización del contrato suscrito en 24 de marzo de 1994 entre el Alcalde del Ayuntamiento de la Coruña y la representación de la Empresa "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A.", adjudicataria del concurso, en el que se especifica que el plazo de concesión se fija en quince años improrrogables (cláusula II), que regirán íntegramente las condiciones ofertadas por el adjudicatario y el pliego de condiciones aprobado (cláusula III) y que el contrato tiene carácter administrativo y se regirá por las normas que sirvieron de base a la adjudicación y por lo establecido en la legislación vigente en la materia (cláusula VII).

c) Carta contestación del representante de "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A." al escrito del Ayuntamiento de fecha 28 de febrero de 1997 (este último no se acompaña) en el que propone al Ayuntamiento la reunificación de tres contratos, entre ellos que es objeto del presente informe, que -dice- amparan su exclusiva de

mobiliario urbano con explotación publicitaria, y la prórroga de dichos contratos, unificando la fecha de caducidad de la concesión hasta el año 2020, detallando las contraprestaciones que asumiría la citada Empresa.

d) Informe fechado el 10 de marzo de 1998 y suscrito por la Jefa de la Sección de Obras-Contratación del Ayuntamiento de La Coruña, en el que, por los argumentos que expone, entiende que no es posible la prórroga ni modificación del contrato, sino la celebración de uno nuevo.

e) Escrito sin firma, membrete, ni fecha, que permita identificar su procedencia, en el que, con criterio contrario al anterior informe se entiende que la Corporación municipal podrá, en el ejercicio del "ius variandi", acordar la modificación del contrato de concesión, ampliando el objeto del mismo y prorrogando el plazo de duración de la concesión como fórmula viable para mantener el obligado equilibrio económico financiero.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión básica y fundamental que se plantea en el presente expediente es la de determinar la posibilidad de prorrogar o ampliar, como consecuencia de nuevas necesidades de señalización puestas de relieve por los servicios técnicos correspondientes, el plazo de duración del contrato de "concesión del servicio de instalación en la vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general" adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento de La Coruña el 11 de marzo de 1994 a la entidad "Mobiliario Urbano de Galicia S.A.".

La cuestión en estos términos planteada tiene que ser abordada y resuelta de conformidad con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en particular con los preceptos reguladores del contrato de gestión de servicios públicos, pues, aún siendo dudosa la consideración del contrato como de gestión de un servicio público, el artículo 43 del pliego remite, como de aplicación supletoria a la Ley de Contratos del Estado pudiendo entrar en esta aplicación supletoria las normas del contrato de gestión de servicios públicos, siendo indiferente, a este respecto, que dada la fecha de adjudicación del contrato resultase de aplicación la Ley de Contratos del Estado, puesto que en cuanto a duración y prórroga de los contratos de gestión de servicios públicos, el texto de la Ley de Contratos del Estado y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consagran idénticas soluciones.

2. El artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prácticamente idéntico al artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado, salvo en cuanto al plazo máximo que reduce de noventa y nueve a setenta y cinco años, viene a establecer que el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas de setenta y cinco años.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 2 de abril de 1996) y esta propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 18/97, de 14 de julio y 38/98, de 16 de diciembre) han venido interpretando tales preceptos en el sentido de que si bien en los contratos de gestión de servicios públicos es admisible la prórroga del plazo de duración es necesario que la misma y su duración estén prevista expresamente en el pliego, ya que caracterizado éste como "ley del contrato" al ser definidor de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, según el artículo

50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 10 de la Ley de Contratos del Estado) la falta de previsión en el mismo impide su aplicación.
En el presente caso, no es que no exista previsión sobre la prórroga, sino que la cláusula 19 del pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas la excluye expresamente al declarar que "el plazo de la concesión será de quince años improrrogables" declaración que, por los propios términos en que está formulada hace ocioso plantearse si la concesión que se examina es o no susceptible de prórroga.

Por lo demás la cláusula 19 eliminaría las posibles objeciones derivadas de una alternativa consideración del contrato como figura distinta de la gestión de servicio público, pues aunque se tratase de una concesión demanial de ocupación del dominio público o de un contrato de suministro de materiales con instalación en la vía pública, a su prórroga se opondría la transcrita cláusula 19 del pliego que debe operar con independencia de la naturaleza del contrato.

A mayor abundamiento de la tesis expuesta hay que citar que la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar la libre concurrencia y, en este sentido, para su utilización en el caso concreto de las autopistas ha sido necesario una modificación normativa a nivel de Ley, cual es la operada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud del cual se adiciona un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión el cual viene a establecer la posibilidad de que la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación, "podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión" sin que sea lícito extender esta prevención a supuestos distintos de aquellos a los que se refiere, es decir, a las concesiones de autopistas en régimen de peaje.

3. Excluida la posibilidad de ampliar o prorrogar el plazo de duración de la concesión otorgada por el Ayuntamiento de La Coruña a la empresa "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A." procede examinar si es posible otra modificación del contrato, distinta de la ampliación o prórroga del plazo de duración, imponiéndose una solución afirmativa ya que, por la aplicación supletoria antes señalada, hay que tener en cuenta que el artículo 164 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en términos sustancialmente idénticos al artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado, admite la modificación del contrato de gestión de servicios públicos indicando que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

En el presente caso el objeto del contrato definido en al cláusula 1 del pliego se concretó en la oferta de la empresa adjudicataria conforme a la cual, según consta en su escrito memorándum, ha instalado en el término municipal 90 postes luminosos de señalización, estimándose por la Unidad de Circulación en 200 postes el "mínimo aceptable" para poner la señalización al día y a lo largo del desarrollo del contrato se pueden necesitar 200 más.

Las cifras que han quedado reseñadas, que son las que se utilizan en el escrito memorándum de la empresa adjudicataria, conducen a la conclusión de tener que descartar una modificación del objeto distinta de la ampliación o prórroga, ya que deben reiterarse los criterios de nuestro informe de 21 de diciembre de 1995 (expediente 48/95) en el que se señalaba que "deben fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los

contratos, mediante el sistema de licitación pública" añadiendo que "celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieren sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce".

Las cifras que se manejan en el presente expediente (pasar de 90 a 200 y previsiblemente a 200 más postes de señalización) eximen de cualquier comentario acerca de la posibilidad de una modificación del contrato operada en su objeto distinto de la ampliación o prórroga del plazo de la concesión.

4. Por último, deben hacerse algunas consideraciones sobre la posibilidad de celebración de nuevo contrato, que esta Junta estima la solución correcta, a la que la empresa adjudicataria parece oponer la exclusividad de su derecho en el término municipal de La Coruña.

Tal exclusividad derivaría de la expresión en "todo el término municipal" que utiliza la cláusula I del pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas que ha de regir el concurso para la concesión del servicio de instalación en vía pública de soportes de información y mobiliario urbano de interés general, pero, a juicio de esta Junta, esta interpretación no puede ser mantenida, dado que se limita a localizar el lugar en que deben instalarse los postes de señalización (todo el término municipal), sin poder crear una exclusiva contraria a los más elementales principios del ordenamiento jurídico y, en concreto de la legislación municipal y de contratos administrativos, teniendo en cuenta que las nuevas necesidades surgen, por circunstancias también nuevas no previstas en la fecha de adjudicación del contrato, como puede ser la nueva dimensión del caso urbano o la opinión pública en cuanto a insuficiencia de señalización.

Descartada la "exclusividad" pretendida se entiende que la solución más ajustada a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas consiste en la convocatoria de un nuevo contrato, al que obviamente, también podrá concurrir la empresa "Mobiliario Urbano de Galicia, S.A.".

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la cláusula 19 del pliego de condiciones del concurso se opone a la posibilidad de ampliación del plazo de duración o prórroga de la concesión otorgada a la empresa "Mobiliario Urbano de Galicia S.A.".

2. Que las circunstancias concurrentes impiden otra modificación del objeto del contrato, distinta de la prórroga, al alterarse, en este caso, por la vía de la modificación, las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública.

3. Que la solución más ajustada a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas para atender las nuevas necesidades es la convocatoria de nuevo contrato,

sin que a la misma se pueda oponer la exclusividad de los derechos de la empresa "Mobiliario Urbano de Galicia S.A.".

Informe 9/99, de 30 de junio de 1999. "Posibilidad de prorrogar un contrato de gestión de servicio público para la gestión del servicio de agua potable como contraprestación a la realización de obras por la empresa adjudicataria".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Camargo (Cantabria) se dirige escrito de consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

«Con fecha 30 de julio de 1998, se formuló consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto a "modificación del plazo de concesión de un servicio público municipal".

Con fecha 30 de diciembre de 1998 se recibía un dictamen genérico al no haber aportado a este Ayuntamiento pliegos del contrato, ni documento alguno que facilitase la respuesta concreta.

Por ese motivo, remitimos la documentación mencionada y solicitamos asesoramiento concreto respecto a la siguiente posibilidad.

Este Ayuntamiento adjudicó en el año 1991 el concurso para la contratación del servicio domiciliario de agua potable en este término municipal a la empresa Aguas del Norte, S.A. formalizándose el contrato en escritura pública con fecha 2 de marzo de 1991.
Conforme a los pliegos de condiciones del concurso dicho contrato tenía una duración de cinco años, prorrogables por iguales períodos de tiempo salvo que se denunciara por una de las partes con un año de antelación y sin que señalase límite respecto a la duración total de la concesión.

Con fecha 15 de enero de 1995, se prorrogó el contrato por cinco años, modificándose los pliegos respecto a la cláusula de revisión de precios que pasó de una fórmula polinómica al IPC.

La prórroga anterior, finalizaría en el mes de enero del año 2001 y podría denunciarse antes del mes de enero del presente año.

Por parte de la empresa adjudicataria se propone como mejora del servicio la construcción de una Estación de tratamiento de agua potable y una serie de mejoras en la red de distribución de agua que ejecutaría y costearía ella, por un importe de 387.376.053 ptas. revirtiendo al término de la concesión al Ayuntamiento, a cambio de que el Ayuntamiento prorrogase en este momento la concesión por trece años a partir de la fecha de finalización de la prórroga actual, en enero del año 2001, más otra prórroga de trece años, con un incremento de tarifas de 10 pesetas /M3, más una cuota fija trimestral.

El Ayuntamiento, considera muy necesaria la Estación depuradora y que el costearla la empresa adjudicataria del servicio supondría evitar al Ayuntamiento un desembolso que ahora le resultaría muy gravoso.

La duda legal que se le plantea, es la modificación sustancial de un contrato administrativo, al amparo del artículo 127.10.a) y b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, variando no sólo el plazo y sus prórrogas, sino el propio objeto del contrato, que de ser una concesión de servicio público, a la que se licitó en el año 1991 pasaría a un contrato de obra y servicio público, con una adjudicación directa de las obras, sin cumplir los principios de publicidad y concurrencia exigidos en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995».

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) Acta, fechada el 2 de marzo de 1991, de adjudicación del servicio domiciliario de agua potable del Valle de Camargo a la entidad mercantil AAguas del Norte, S.A. A conforme a su propuesta de realización del servicio en las condiciones que detalla.

b) Pliego denominado de condiciones económico administrativas y técnicas que han de regir la contratación mediante concurso de la gestión del servicio municipal de agua potable del Ayuntamiento de Camargo, en el que se detallan las instalaciones que conforman la infraestructura actual (23 de mayo de 1990) del servicio (Anexo I), que se ponen a disposición del contratista (artículo 3), se especifica que el contratista conservará en buen estado de funcionamiento el conjunto de las instalaciones y obras que se le confían (artículo 6), se fija la retribución del contratista y la revisión de precios (artículos 23 y 24) y se establece en cuanto a la duración que el contrato se establecerá con una duración de cinco años prorrogables por iguales períodos salvo denuncia de cualquiera de las partes, con un año de antelación a la finalización del contrato o cualquiera de sus prórrogas (artículo 26).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. En su informe de 16 de diciembre de 1998 (expediente 38/98) emitido a solicitud del Alcalde accidental del Ayuntamiento de Camargo esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa destacaba la falta de remisión de datos que impedían dar una respuesta concreta a las cuestiones suscitadas y, sólo con carácter general, se pronunciaba sobre la posibilidad de ampliar el plazo de la concesión con estricta sujeción a los pliegos, sobre la obligación de remisión del expediente modificado al Tribunal de Cuentas y, por la indicada falta de datos, se abstenía de pronunciamiento sobre la necesidad de mantener el equilibrio económico financiero de la concesión y sobre los criterios que podrían utilizarse para distribuir el incremento de los costes para la empresa concesionaria entre el número de años que debe prorrogarse la concesión. El presente informe, con los datos ahora remitidos, ha de ser reiteración de los criterios mantenidos por esta Junta en diversos informes, partiendo de la claridad con que en el escrito de consulta se expone la propuesta de mejora del servicio por parte de la empresa adjudicataria.

2. Ninguna dificultad debe plantear la prórroga del contrato y el sistema de revisión del precio o tarifas previstas en los artículos 24 y 26 del pliego, como de hecho ha sucedido, pues expirado el plazo inicial del contrato se prorrogó por cinco años en fecha 15 de enero de 1995, modificándose además la cláusula de revisión de precios que pasó de una fórmula polinómica al IPC. A esta prórroga, que pudiéramos denominar ordinaria, no se refiere el actual escrito de consulta, pues en el mismo se detalla que lo que se trata es que la empresa adjudicataria construya una estación de tratamiento de agua potable y una serie de mejoras en la red de distribución de agua por un importe de 387.376.053 pesetas a cambio de que el Ayuntamiento prorrogase

la concesión por trece años, suscitando la redacción del escrito la duda de si, además, se propone otra prórroga de trece años, pareciendo anticipar el escrito de consulta una solución negativa al señalar que la duda legal que se le plantea al Ayuntamiento es la modificación sustancial de un contrato administrativo, Avariando no sólo el plazo y sus prórrogas, sino el propio objeto del contrato, que de ser una concesión de servicio público, a la que se licitó en el año 1991, pasaría a un contrato de obras y servicio público, con una adjudicación directa de las obras, sin cumplir los principios de publicidad y concurrencia exigidos en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas@.

3. A la vista de lo que ha quedado expuesto es fácil concluir, en primer lugar, que la prórroga que se propone no se ajusta a las previsiones del artículo 26 del pliego, pues estableciendo el mismo la posibilidad de prorrogar por iguales períodos que el plazo inicial (cinco años) aquí se está hablando de una prórroga de trece o veintiséis años, con lo que confirmado el criterio expuesto en el informe de 16 de diciembre de 1998 la prórroga no sería factible por no ajustarse, en cuanto a su duración, a lo previsto en el pliego.

En segundo lugar, y este argumento puede considerarse más decisivo que el anterior, deben reiterarse los argumentos de esta Junta expuestos en sus informes de 21 de diciembre de 1995 (expediente 48/95) y de 17 de marzo de 1999 (expediente 47/98) en el sentido de que deben descartarse modificaciones del objeto del contrato que supongan una alteración sustancial de las bases y criterios a los que responde la adjudicación del mismo mediante el sistema de licitación pública, pues -se decía- "celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieren sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce". En el presente caso, dado que la alteración consiste en la realización de obras por importe de 387.376.053 pesetas y la prórroga por trece o veintiséis años, es evidente que concurren las circunstancias necesarias para descartar que tales alteraciones del objeto del contrato puedan introducirse por vía de modificación, al quedar desnaturalizada, por cambio de objeto y de prestaciones, la primitiva adjudicación.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la pretensión de modificar el contrato de gestión del servicio domiciliario de agua potable del Valle de Camargo, mediante la realización de obras por la empresa adjudicataria y la prórroga del plazo de la concesión debe ser descartada teniendo en cuenta que la duración de la prórroga no se ajusta a lo previsto en el pliego y que tal modificación altera sustancialmente las bases y criterios de la adjudicación del contrato.

Informes 20, 23 y 25/99, de 6 de mayo de 1999. "Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación por procedimiento abierto y por concurso la concesión por 50 años de la construcción, conservación y explotación de diversos tramos de autopistas".

ANTECEDENTES:

1. Con fecha 25 de marzo y 5 de abril de 1999 tienen entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tres escritos del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento por los que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, se adjuntan pliegos de cláusulas administrativas particulares para el concurso por procedimiento abierto de la concesión por 50 años para la construcción, conservación y explotación de las siguientes autopistas de peaje:

- M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3 de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de Peaje R-5 de Madrid a Navalcarnero y de la M-50 entre la Autopista A-6 y la carretera M-409. Este escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 25 de marzo de 1999, dio lugar a la formación del expediente 20/99.

- M-40-M-50, Eje Sureste, de la Autopista de peaje R.4 de Madrid a Ocaña; y de la Autovía de circunvalación a Madrid M-50, entre la carretera M-409 hasta la carretera M-216. Este escrito tuvo entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 5 de abril de 1999 y se formalizó en el expediente 23/99.

- Autopista de peaje R-2 de Madrid a Guadalajara y de la autovía de circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera M-216 hasta la carretera N-I (conexión con la M-100). Este escrito que también tuvo entrada e la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 5 de abril de 1999 y dio lugar al expediente 25/99.

2. De los tres pliegos de cláusulas administrativas particulares remitidos interesa destacar, por contener estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje, las siguientes cláusulas y apartados con contenido idéntico en los tres pliegos.

Cláusula 5. Extremos que han de comprender las proposiciones.

Apartado 5. El plan de realización de las obras, a que alude el apartado e) de la citada cláusula 8 del pliego de cláusulas generales, deberá referirse a la totalidad de las mismas.

Dicho plan vendrá acompañado del correspondiente diagrama de relaciones y precedencias, justificativo del mismo en ritmo anual y tiempo máximo para su íntegra ejecución, entendiéndose por tal la construcción terminada en condiciones de inmediata puesta en servicio. El citado plan deberá asimismo expresar los siguientes extremos referidos a cada tramo:
- Plazo para la presentación de proyectos de trazado y construcción, que en ningún caso será superior a cuatro meses desde la fecha del Real Decreto de Adjudicación.

- Plazo para la iniciación de las obras, que en ningún caso será inferior a dos meses desde la fecha de presentación del proyecto de construcción.
- Plazo para la terminación de las mismas.
- Plazo para la apertura al tráfico.

Por tanto, no resulta de aplicación lo indicado a este respecto en la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales.

Será requisito imprescindible para la puesta en servicio de la ....., la previa apertura al tráfico del resto de tramos objeto de este concurso.

Apartado 12. La revisión y modificación del plan económico financiero anteriormente mencionado, prevista en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, no implicará nunca la revisión del régimen económico financiero básico de la concesión que comprende:
a) Las tarifas y peajes aplicables a que se refiere la letra a) del apartado 11 de esta cláusula.
b) La ratio de capitalización a que se refiere el apartado i) de la letra 11.d) de esta cláusula.
c) La ratio de solvencia a que se refiere el apartado i) de la letra 11.e) de esta cláusula.
d) El préstamo participativo del Estado a que se refiere la cláusula 18 de este pliego.
e) La duración de la concesión, que será de 50 años a contar desde la fecha de publicación del Real Decreto de adjudicación de esta concesión en el ABoletín Oficial del Estado@.
f) Los límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere el apartado 9 de esta cláusula.

El régimen económico financiero básico de la concesión sólo podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo.

Cláusula 13. Acciones.

Las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias serán nominativa y se registrarán en la forma prevista en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Los órganos rectores de la sociedad deberán comunicar a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, la titularidad inicial de las acciones.

También comunicarán a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, las alteraciones que se experimenten posteriormente en la titularidad de las acciones que impliquen un aumento o disminución de la participación en el capital social de la sociedad concesionaria igual o superior al 1 por 100.

La cláusula 19 del pliego de cláusulas generales se entenderá modificada por lo dispuesto en la presente cláusula.

Cláusula 15. Recursos propios.

Apartado 2. El capital social podrá desembolsarse en una o varias veces, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Real Decreto de adjudicación establecerá el porcentaje mínimo que, respecto del total de recursos movilizados, han de representar los recursos desembolsados por los accionistas, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, sin que pueda ser inferior al 10 por 100 del total de dichos recursos.
a) Se entenderán por recursos movilizados el total de recursos invertidos por la sociedad concesionaria, que incluirán los recursos desembolsados por los accionistas y los recursos ajenos de cualquier naturaleza que constituyan el pasivo de la sociedad concesionaria entre los que se incluirá el importe del préstamo participativo aportado por el Estado a la sociedad concesionaria en virtud de lo dispuesto en la cláusula 18 del presente pliego.
b) Se considerarán como recursos desembolsados por los accionista, tanto el capital social desembolsado, como los préstamos subordinados y efectivamente desembolsados concedidos por los accionistas a la sociedad concesionaria. Dichos préstamos tendrán consideración de subordinados respecto al total de los recursos ajenos de la sociedad concesionaria en cuanto al orden de prelación de deudas a todos los efectos civiles y mercantiles.

La cláusula 29 del pliego de cláusulas generales se interpretará de acuerdo a lo establecido en este apartado.

Apartado 4. Una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de algunos de sus tramos, el concesionario tendrá libertad para distribuir dividendos con cargo a reservas de libre disposición o resultados del ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos a que se refieren los apartados 1 y 2 anteriores que, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, determine el Real Decreto de adjudicación. No serán por tanto de aplicación las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales.

Apartado 6. Las posibles inversiones de la sociedad en activos que no sean objeto de reversión y que la sociedad realice para otras actividades dentro de su objeto social permitidas por la Ley, podrán financiarse con recursos propios o ajenos, siendo requisito la presentación de cuentas separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28, apartado e), del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 16. Recursos ajenos.

Apartado 2. En el plan económico financiero figurará de forma concreta el vencimiento último previsto de los recursos ajenos, que no podrá ser posterior al término de la concesión. No será de aplicación la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales que reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión.

Cláusula 19. Aspectos fiscales y contables.

No se exigirá el pago de la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal a que hace referencia la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales.

La sociedad concesionaria se regirá por los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados y por la normativa fiscal vigente. Se consideran principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en:
- El Código de Comercio y la restante legislación mercantil.

- El Plan General de Contabilidad y la adaptación sectorial a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje aprobada por Orden de 10 de diciembre de 1998 (ABoletín Oficial del Estado@ de 23 de diciembre de 1998).
- La demás legislación que sea específicamente aplicable.

Cláusula 21. Licitación de las obras.
Apartado 1. El concesionario podrá optar por realizar directamente las obras de cualesquiera tramos o fracciones, según lo previsto en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

A estos efectos se entenderá que se realiza la obra directamente por el concesionario cuando se encomiende a empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, o a las empresas vinculadas a ellas, tal como se define en el artículo 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso, y previamente a su contratación, el concesionario remitirá al Ministerio de Fomento un ejemplar del contrato para su aprobación. En estos casos, el concesionario deberá realizar directamente con organización y medios propios un volumen de obra cuyo presupuesto alcance, al menos el 50 por 100 del presupuesto del tramo o fracción de que se trate. No será de aplicación por tanto la limitación del 80 por 100 que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 36. Extinción y liquidación de la concesión.
Apartado 2. No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107, 108 y 109 del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:
a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.
b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.
c) Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada.

Apartado 3. La liquidación del importe resultante del valor patrimonial de la inversión en autopista determinado de la forma indicada se efectuará de acuerdo a las siguientes normas, no siendo, por tanto de aplicación el apartado f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.

a) Se liquidarán, en primer lugar, las obligaciones que el concesionario hubiese contraído con terceras personas, nacionales o extranjeras, atendiendo al orden de prelación de dichos créditos establecido por la legislación mercantil vigente.
b) En segundo lugar, se retendrá el importe vivo del préstamo participativo aportado por el Estado, de acuerdo con el Real Decreto de adjudicación de la concesión y que hubiese sido efectivamente desembolsado por el Estado a la fecha de resolución del contrato.
c) En tercer lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la sociedad concesionaria por sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 15 del presente pliego.
d) La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones@.

3. En los tres expedientes a que nos venimos refiriendo a la documentación anterior se acompaña informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, fechados el 24 de marzo el primero y el 30 de marzo de 1999 los otros dos, emitidos en relación con la tramitación de los expedientes y, asimismo, nota justificativa de las estipulaciones de los pliegos de cláusulas administrativas particulares contrarias al pliego de cláusulas generales.

4. Por providencia de la Secretaría de la Junta de fecha 28 de abril de 1999 se decreta la acumulación de los expedientes 20/99, 23/99 y 25/99 procedentes del Ministerio de Fomento, para la emisión de un único informe, dado que entre ellos guardan identidad sustancial y de conformidad con el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.
1. Esta Junta Consultiva en sus informes de 23 de diciembre de 1997 (expediente 55/97), de 11 de noviembre de 1998 (expediente 43/98) y de 16 de diciembre de 1998 (expediente 45/98), emitidos también a petición del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en relación al pliego de bases y al pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que conviene reproducir, siquiera sucintamente en el presente.

En primer lugar se razonaba que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debía limitarse a las estipulaciones contrarias a los pliegos generales, en este caso, al aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que deba extenderse a otros extremos competencia del informe preceptivo del Servicio Jurídico del Departamento a que se refiere el artículo 50.4 de la propia Ley.

En segundo lugar se destacaba la incidencia que en el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, habían producido disposiciones posteriores, entre ellas la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las modificaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, cuya vigencia expresamente se sostenía, siendo estas modificaciones las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, a las que había que añadir las que introduce la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Por ello se llegaba a la conclusión de que los

extremos del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o a las modificaciones de la Ley de Autopistas habían perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases que tratan de ajustarse a la normativa vigente, no pueden considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por la Junta Consultiva.

En tercer lugar se apuntaba la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales de 25 de enero de 1973 para armonizarlo con la normativa vigente y a la conveniencia de sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y el de cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo de la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego con lo que se produciría un mayor ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Si bien esta última observación ha sido atendida y se ha redactado para cada concurso un solo pliego de cláusulas administrativas particulares, prescindiendo de la distinción artificial entre éste y el pliego de bases, no sucede lo mismo con la primera observación, es decir la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales, conveniencia que se acentúa por la frecuencia con que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales, de lo cual constituye un ejemplo el presente informe, y que se evitaría logrando que estas estipulaciones no fueran contrarias al pliego de cláusulas generales mediante la oportuna modificación de este último.

2. Teniendo en cuenta lo anterior que, como decimos, ahora se reitera se pasa a examinar los extremos idénticos de los tres pliegos de cláusulas administrativas particulares en los que se puede apreciar contradicción o alteración de lo dispuesto en el pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta, debiendo significarse que las cláusulas de estos pliegos que ahora se informa, no sólo son idénticas entre si, sino semejantes a las de los pliegos informados por esta Junta en 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 y con esta misma fecha en expediente 24/99.

a) La cláusula 5, apartado 5, en cuanto a la presentación y aprobación de proyectos, reduce a cuatro y dos meses los plazos de seis y ocho meses que fija la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales, que se declara expresamente no aplicable. Esta reducción de plazos deriva de la urgencia de estas obras, declaradas urgentes y de excepcional interés público, en la Orden de 26 de mayo de 1997, por lo que se estima justificada.

b) La cláusula 5, apartado 12, introduce, afectando a la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, modificaciones consistentes en homogeneizar las ofertas y hacerlas comparables, dar mayor flexibilidad a la estructura financiera, exigir que el licitador facilite toda la información necesaria que él mismo identifique como relevante y conceptuar las ayudas públicas, no como anticipos reintegrables sino como préstamos participativos que el Estado concede a la Sociedad concesionaria. La finalidad a que responden estas modificaciones justifica su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

c) En la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones representativas del capital de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta estableciendo la comunicación a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje de la titularidad inicial de las acciones y de las alteraciones que se experimenten posteriormente que impliquen aumento o disminución de la participación en el capital social igual o superior al 1 por 100. En esta cláusula y apartado se contradice lo dispuesto en la cláusula 19 del

pliego de cláusulas generales, que expresamente se declara modificada, al desaparecer la prohibición de modificar el carácter de las acciones durante el período concesional y obligar a las comunicaciones, a la Delegación del Gobierno, que han quedado reseñadas, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria, facilitando su acceso al mercado de valores, se consideran justificadas estas modificaciones de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales.
d) En la cláusula 15, apartados 2, 4 y 6, se especifica el carácter de recursos propios y ajenos, de acuerdo con cuya especificación debe interpretarse la cláusula 29; se elimina la reserva especial de la cláusula 54.b) y la aplicación de la cláusula 55; se elimina igualmente la aplicación de la cláusula 28.e) que obligaba a financiar en su integridad con capital social de las inversiones que no formen parte del activo sujeto a reversión. Todas estas modificaciones de las cláusulas 28.e), 29, 54.b) y 55 del pliego de cláusulas generales se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos, eliminar la reserva especial de actualización de activos que tiene reflejo en la necesidad de dotar un mayor fondo de reversión y posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente.
e) En la cláusula 16, apartado 2, del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece la no aplicación de la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales en cuanto esta última reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad a la financiación, teniendo en cuenta las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.
f) En la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares se modifica la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales al suprimir la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal, supresión justificada ya que, de mantenerse, el concesionario vería incrementada la cuantía de los préstamos a percibir de las Administraciones Públicas en la cuantía misma de la tasa.
g) En la cláusula 21, apartado 1, del pliego de cláusulas particulares se reduce al 50 por 100 el límite del 80 por 100 que prevé la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales para la ejecución propia, que se declara expresamente no aplicable, y esta reducción se considera justificada por la tendencia general a ampliar la participación de otras empresas en los contratos de concesión.
h) En la cláusula 36, apartados 2 y 3, se declaran inaplicables los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales en lo relativo a la valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y al sistema de prelación de deudas. Estas modificaciones se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de desincentivar el incumplimiento del concesionario y conseguir la mayor eficiencia de la garantía que, de facto, está concediendo la Administración.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que procede reiterar de nuevo los criterios de los informes de 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 referentes al pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la construcción, conservación y explotación en régimen de concesión de autopistas de peaje y, en particular, la conveniencia de modificar el citado pliego de cláusulas generales, con la finalidad de evitar en el futuro la reiteración con que se vienen produciendo en los pliegos particulares cláusulas contrarias al pliego general.

2. Que, sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares introduce en relación con las cláusulas 19, 28.e), 29, 54.b), 55, 46, 47, 52, 64, 67 y 107 apartados e) y f) del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas de este informe.

Informe 24/99, de 6 de mayo de 1999. "Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación por procedimiento abierto y por concurso de la concesión de la construcción, conservación y explotación de diversos tramos de autopistas de peaje".

ANTECEDENTES.

1. Con fecha 5 de abril de 1999 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en el que indica que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se remite el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso por procedimiento abierto de la concesión para la construcción, conservación y explotación de los tramos de autopista de peaje: "Autopista A-6 - Conexión con Segovia y Autopista A-6 - Conexión con Avila y para la conservación y explotación de la autopista de Peaje A-6, tramo Villalba-Adanero".

2. Según se indica en el citado escrito, contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje, las siguientes cláusulas y apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares:

«Cláusula 2. Objeto y características del concurso.

Apartados 1 y 2. El plazo de duración de la concesión de este tramo no será inferior a 23 años, ni superior a 32 estableciéndose el plazo definitivo de acuerdo con el procedimiento previsto en la cláusula 33 de este pliego.

Cláusula 5. Extremos que han de comprender las proposiciones.

Apartado 5. El plan de realización de las obras, a que alude el apartado e) de la citada cláusula 8 del pliego de cláusulas generales, deberá referirse a la totalidad de las correspondientes a los tramos de autopista de peaje referidos en los puntos 1, 2 y 4 de la cláusula 2 de este pliego.

Dicho plan vendrá acompañado del correspondiente diagrama de relaciones y precedencias, justificativo del mismo en ritmo anual y tiempo máximo para su íntegra ejecución, entendiéndose por tal la construcción terminada en condiciones de inmediata puesta en servicio. El citado plan deberá asimismo expresar los siguientes extremos referidos a cada tramo:
- Plazo para la presentación de proyectos de trazado y construcción, que en ningún caso será superior a cuatro meses desde la fecha del Real Decreto de Adjudicación.
- Plazo para la iniciación de las obras, que en ningún caso será inferior a dos meses desde la fecha de presentación del proyecto de construcción.
- Plazo para la terminación de las mismas.
- Plazo para la apertura al tráfico.

Por tanto, no resulta de aplicación lo indicado a este respecto en la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales.

Será requisito imprescindible para la apertura al tráfico y comienzo de la explotación de los tramos de autopista de peaje a que se refieren los puntos 1 y 2 de la cláusula 2 de este pliego la cesión a la Administración y la puesta en servicio de las obras a las que se refiere el punto 4 de la misma cláusula.

Apartado 12. La revisión y modificación del plan económico financiero anteriormente mencionado, prevista en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, no implicará nunca la revisión del régimen económico financiero básico de la concesión que comprende:
a) Las tarifas y peajes aplicables a que se refiere la letra a) del apartado 11 de esta cláusula.
b) La ratio de capitalización a que se refiere el apartado i) de la letra 11.d) de esta cláusula.
c) La ratio de solvencia a que se refiere el apartado i) de la letra 11.e) de esta cláusula.
d) La duración de la concesión, que será de un período no superior a 32, ni inferior a 23 años a contar desde la fecha de publicación del Real Decreto de adjudicación de esta concesión en el Boletín Oficial del Estado y cuya duración concreta se fijará conforme a lo establecido en la cláusula 33 de este pliego.
e) Los límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere el apartado 9 de esta cláusula.

El régimen económico financiero básico de la concesión sólo podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo.

Cláusula 13. Acciones.

Las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán en la forma prevista en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Los órganos rectores de la sociedad deberán comunicar a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, la titularidad inicial de las acciones.

También comunicarán a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, las alteraciones que se experimenten posteriormente en la titularidad de las acciones que impliquen un aumento o disminución de la participación en el capital social de la sociedad concesionaria igual o superior al 1 por 100.

La cláusula 19 del pliego de cláusulas generales se entenderá modificada por lo dispuesto en la presente cláusula.

Cláusula 15. Recursos propios.

Apartado 2. El capital social podrá desembolsarse en una o varias veces, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Real Decreto de adjudicación establecerá el porcentaje mínimo que, respecto del total de recursos movilizados, han de representar los recursos desembolsados por los accionistas, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, sin que pueda ser inferior al 10 por 100 del total de dichos recursos.

a) Se entenderán por recursos movilizados el total de recursos invertidos por la sociedad concesionaria, que incluirán los recursos desembolsados por los accionistas y los recursos ajenos de cualquier naturaleza que constituyan el pasivo de la sociedad concesionaria.

b) Se considerarán como recursos desembolsados por los accionistas, tanto el capital social desembolsado, como los préstamos subordinados y efectivamente desembolsados concedidos por los accionistas a la sociedad concesionaria. Dichos préstamos tendrán consideración de subordinados respecto al total de los recursos ajenos de la sociedad concesionaria en cuanto al orden de prelación de deudas a todos los efectos civiles y mercantiles.

La cláusula 29 del pliego de cláusulas generales se interpretará de acuerdo a lo establecido en este apartado.

Apartado 4. Una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de algunos de sus tramos, el concesionario tendrá libertad para distribuir dividendos con cargo a reservas de libre disposición o resultados del ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos a que se refieren los apartados 1 y 2 anteriores que, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, determine el Real Decreto de adjudicación. No serán por tanto de aplicación las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales.

Apartado 6. Las posibles inversiones de la sociedad en activos que no sean objeto de reversión y que la sociedad realice para otras actividades dentro de su objeto social permitidas por la Ley, podrán financiarse con recursos propios o ajenos, siendo requisito la presentación de cuentas separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28, apartado e), del pliego de cláusulas generales

Cláusula 16. Recursos ajenos.

Apartado 2. En el plan económico financiero figurará de forma concreta el vencimiento último previsto de los recursos ajenos, que no podrá ser posterior al término de la concesión. No será de aplicación la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales que reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión.

Cláusula 18. Aspectos fiscales y contables. (Por error en el escrito de remisión del expediente se cita la cláusula 19)

Apartado 1. No se exigirá el pago de la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal a que hace referencia la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 20. Licitación de las obras. (Por error en el escrito de remisión del expediente se cita la cláusula 21).

Apartado 1. El concesionario podrá optar por realizar directamente las obras de cualesquiera tramos o fracciones, según lo previsto en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

A estos efectos se entenderá que se realiza la obra directamente por el concesionario cuando se encomiende a empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, o a las empresas vinculadas a ellas, tal como se define en el artículo 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso, y previamente a su contratación, el concesionario remitirá al Ministerio de Fomento un ejemplar del contrato para su aprobación. En estos casos, el concesionario deberá realizar directamente con organización y medios propios un volumen de obra cuyo presupuesto alcance, al menos el 50 por 100 del presupuesto del tramo o fracción de que se trate. No será de aplicación por tanto la limitación del 80 por 100 que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 35. Extinción y liquidación de la concesión. (Por error en el escrito de remisión se cita la cláusula 36)

Apartado 2. No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107, 108 y 109 del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:
a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento.
b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.
c) Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.
d) Gastos a distribuir en varios ejercicios correspondientes a las obras a que se refiere el apartado 4 de la cláusula 2 del presente pliego por el importe que figure en el activo del balance de la Sociedad Concesionaria y una vez deducida la amortización de los mismos que en función del número de años corresponda.

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada.

Apartado 3. La liquidación del importe resultante del valor patrimonial de la inversión en autopista determinado de la forma indicada se efectuará de acuerdo a las siguientes normas, no siendo, por tanto de aplicación el apartado f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.
a) Se liquidarán, en primer lugar, las obligaciones que el concesionario hubiese contraído con terceras personas, nacionales o extranjeras, atendiendo al orden de prelación de dichos créditos establecido por la legislación mercantil vigente.
b) En segundo lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la sociedad concesionaria pro sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 15 del presente pliego.
c) La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones».

3. Al pliego de cláusulas administrativas particulares reseñado se acompaña informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, fechado el 30 de marzo de 1999, sobre la tramitación del expediente y ciertas cuestiones que suscita y, asimismo, nota justificativa de las estipulaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares contrarias al pliego de cláusulas generales.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Esta Junta Consultiva en sus informes de 23 de diciembre de 1997 (expediente 55/97), de 11 de noviembre de 1998 (expediente 43/98) y de 16 de diciembre de 1998 (expediente 45/98), emitidos también a petición del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en relación al pliego de bases y al pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que conviene reproducir, siquiera sucintamente en el presente.

En primer lugar se razonaba que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debía limitarse a las estipulaciones contrarias a los pliegos generales, en este caso, al aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que deba extenderse a otros extremos competencia del informe preceptivo del Servicio Jurídico del Departamento a que se refiere el artículo 50.4 de la propia Ley.

En segundo lugar se destacaba la incidencia que en el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, habían producido disposiciones posteriores, entre ellas la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las modificaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, cuya vigencia expresamente se sostenía, siendo estas modificaciones las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, a las que había que añadir las que introduce la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Por ello se llegaba a la conclusión de que los extremos del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o a las modificaciones de la Ley de Autopistas habían perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases que tratan de ajustarse a la normativa vigente, no pueden considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por la Junta Consultiva.

En tercer lugar se apuntaba la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales de 25 de enero de 1973 para armonizarlo con la normativa vigente y a la conveniencia de sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y el de cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo de la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego con lo que se produciría un mayor ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Si bien esta última observación ha sido atendida y se ha redactado un solo pliego de cláusulas administrativas particulares, prescindiendo de la distinción artificial entre éste y el pliego de bases, no sucede lo mismo con la primera observación, es decir la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales, conveniencia que se acentúa por la frecuencia con que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales, de lo cual constituye un

ejemplo el presente informe, y que se evitaría logrando que estas estipulaciones no fueran contrarias al pliego de cláusulas generales mediante la oportuna modificación de este último.

2. Teniendo en cuenta lo anterior que, como decimos, ahora se reitera se pasa a examinar los extremos del pliego de cláusulas administrativas particulares en los que se puede apreciar contradicción o alteración de lo dispuesto en el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta, debiendo significarse que las cláusulas de este pliego que ahora se informan son muy similares a las de los pliegos informados por esta Junta en 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, y con esta misma fecha en los expedientes acumulados 20/99, 23/99 y 25/99.

a) En la cláusula 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y respecto a la construcción, conservación y explotación de los tramos de autopista de peaje: Autopista A-6 - Conexión Segovia y conexión Avila se establece que el plazo de duración de la concesión no será inferior a 23 años, ni superior a 32, estableciéndose el plazo definitivo de acuerdo con el procedimiento previsto en la cláusula 33 del pliego. No parece que la cláusula 2, en este extremo, esté en contradicción con la cláusula 104 del pliego de cláusulas generales, en cuanto establece que Ael plazo de duración de la concesión será el que determine el decreto de adjudicación, de acuerdo con la proposición ofertada que habrá de ceñirse a lo que al respecto se indique en los pliegos particulares, sin que en ningún caso pueda rebasarse el límite que figura en el artículo 30 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo@, dado que, en definitiva todos los requisitos exigidos o son cumplidos o pueden cumplirse en la adjudicación. Por tanto el contenido de esta cláusula no ha de ser objeto de informe de esta Junta, al amparo del artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que lo sea del informe preceptivo del Servicio Jurídico que, con tal carácter, prevé el artículo 50.4 de la propia Ley.

Si se considera, no obstante, que la circunstancia de que la duración definitiva de la concesión no pueda fijarse hasta transcurridos los plazos señalados en la cláusula 33 para evaluar la intensidad de tráfico se informa favorablemente esta hipotética modificación de la cláusula 104 del pliego de cláusulas generales, al estimarse justificada partiendo de la idea jurisprudencial, destacada en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, de que la duración de la concesión juega ahora como una simple cláusula económica, por lo que resulta viable que en función de variables que en el momento de otorgar la concesión no pueden conocerse, como es la intensidad del tráfico, se fije posteriormente el plazo, sobre todo si se respeta el plazo máximo previsto en la Ley y el sistema se refleja, como sucede en el presente caso, adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

b) En la cláusula 5, apartado 5, en cuanto a la presentación y aprobación de proyectos, reduce a cuatro y dos meses los plazos de seis y ocho meses que fija la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales, que se declara expresamente no aplicable. Esta reducción de plazos deriva de la urgencia de estas obras, declaradas urgentes y de excepcional interés público, en la Orden de 26 de mayo de 1997, por lo que se estima justificada.

c) La cláusula 5, apartado 12, introduce, afectando a la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, modificaciones consistentes en homogeneizar las ofertas y hacerlas comparables, dar mayor flexibilidad a la estructura financiera, exigir que el licitador facilite toda la información necesaria que él mismo identifique como relevante y conceptuar las ayudas públicas, no como anticipos reintegrables sino como préstamos participativos que el Estado concede a la Sociedad concesionaria. La finalidad a que responden estas modificaciones justifica su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

d) En la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones representativas del capital de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta estableciendo la comunicación a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje de la titularidad inicial de las acciones y de las alteraciones que se experimenten posteriormente que impliquen aumento o disminución de la participación en el capital social igual o superior al 1 por 100. En esta cláusula y apartado se contradice lo dispuesto en la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, que expresamente se declara modificada, al desaparecer la prohibición de modificar el carácter de las acciones durante el período concesional y obligar a las comunicaciones a la Delegación del Gobierno que han quedado reseñadas, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria, facilitando su acceso al mercado de valores, se consideran justificadas estas modificaciones de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales.
e) En la cláusula 15, apartados 2, 4 y 6, se especifica el carácter de recursos propios y ajenos, de acuerdo con cuya especificación debe interpretarse la cláusula 29; se elimina la reserva especial de la cláusula 54.b) y la aplicación de la cláusula 55; se elimina igualmente la aplicación de la cláusula 28.e) que obligaba a financiar en su integridad con capital social de las inversiones que no formen parte del activo sujeto a reversión. Todas estas modificaciones de las cláusulas 28.e), 29, 54.b) y 55 del pliego de cláusulas generales se consideran justificadas, dada la finalidad que persiguen de introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos, eliminar la reserva especial de actualización de activos que tiene reflejo en la necesidad de dotar un mayor fondo de reversión y posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente.
f) En la cláusula 16, apartado 2, del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece la no aplicación de la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales en cuanto esta última reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad a la financiación, teniendo en cuenta las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.
g) En la cláusula 18 del pliego de cláusulas administrativas particulares se modifica la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales al suprimir la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal, supresión justificada ya que, de mantenerse, el concesionario vería incrementada la cuantía de los préstamos a percibir de las Administraciones Públicas en la cuantía misma de la tasa.
h) En la cláusula 20, apartado 1, del pliego de cláusulas particulares se reduce al 50 por 100 el límite del 80 por 100 que prevé la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales para la ejecución propia, que se declara expresamente no aplicable y esta reducción se considera justificada por la tendencia general a ampliar la participación de otras empresas en los contratos de concesión.
i) En la cláusula 36, apartados 2 y 3, se declaran inaplicables los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales en lo relativo a la valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y al sistema de prelación de deudas. Estas modificaciones se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de desincentivar el incumplimiento del concesionario y conseguir la mayor eficiencia de la garantía que, de facto, está concediendo la Administración.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que procede reiterar de nuevo los criterios de los informes de 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, referentes al pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la construcción, conservación y explotación en régimen de concesión de autopistas de peaje y, en particular, la conveniencia de modificar el citado pliego de cláusulas generales, con la finalidad de evitar en el futuro la reiteración con que se vienen produciendo en los pliegos particulares cláusulas contrarias al pliego general.

2. Que, sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares introduce en relación con las cláusulas 19, 28.e), 29, 54.h), 55, 46, 47, 52, 64, 67 y 107 apartados e) y f) del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas de este informe.

Informe 33/99, de 30 de junio de 1999. "Posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación y ejecución de contratos de gestión de servicios públicos de cláusulas relativas a la adhesión del contratista a un sistema de arbitraje de consumo en sus relaciones con los usuarios".

ANTECEDENTES.

Por el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo, en su calidad de Presidente del Instituto Nacional de Consumo, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El artículo 31 de la Ley 2/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, desarrollado por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, han establecido el Sistema de Arbitraje de Consumo, mediante el cual sin formalidades especiales y con carácter esencialmente gratuito, se atienden y resuelven con carácter vinculante y ejecutivo para las partes que, voluntariamente y mediante declaración expresa por escrito se sometan al mismo, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito.

Con datos correspondientes a 1998, ha formalizado su adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo 46.747 empresas. A pesar del significativo número de empresas adheridas al sistema, resulta necesario mantener el esfuerzo de las Administraciones Públicas para garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, de acuerdo con el mandato dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 51 de la Constitución.

En este sentido, el incremento de las empresas adheridas al Sistema de Arbitraje de Consumo constituye uno de los objetivos del Plan Estratégico de Protección al Consumidor 1999-2001 aprobado por el Gobierno.

El mismo objetivo persigue la proposición no de ley adoptada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 15 de diciembre de 1997, que acordó lo siguiente:

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a adoptar, en el plazo máximo de un año, cuantas medidas considere en aras de promover y conseguir la adhesión de las empresas públicas estatales, empresas en cuyo capital participe el Estado, o aquéllas de titularidad privada que hayan asumido por cualquier mecanismo la prestación de un servicio público al sistema de Arbitraje de Consumo, para conseguir un más eficaz nivel del sistema de protección de los consumidores.

A tal efecto, dará instrucciones a los miembros representantes de la Administración del Estado en los Consejos de Administración de las empresas públicas estatales o con participación estatal para que aquéllos acuerden la adhesión.

Además, se establecerá entre los criterios para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos la citada adhesión.

Transcurrido el plazo para la adopción por el Gobierno de las medidas instadas por el Congreso de los Diputados, todavía no se ha dado cumplimiento al último párrafo del acuerdo parlamentario, que insta al Gobierno a establecer la adhesión al sistema de Arbitraje de Consumo de las empresas privadas que pretendan licitar en los concursos para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos como uno de los criterios a valorar para la adjudicación de dichos contratos.

Para dar cumplimiento al citado párrafo del acuerdo parlamentario, a esta Subsecretaría, después de analizar la legislación interna y comunitaria sobre contratación pública, se le plantean las siguientes alternativas:

- Inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los concursos para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos de la adhesión de la empresa al sistema de Arbitraje de Consumo como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional de la empresa.

En efecto, si se tiene en cuenta que la calidad de un servicio depende no sólo de las condiciones de la prestación principal, sino también de las fórmulas que se presenten para atender las quejas de los usuarios, debe concluirse que el índice de satisfacción final está en función directa de la existencia de sistemas de arbitraje como cauce de comunicación y solución de los conflictos que se presenten.

En estas condiciones, parece que el requisito de acreditar la adhesión al sistema de Arbitraje de consumo por la empresa licitadora podría encajar en lo dispuesto en la letra f) del artículo 19 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece como uno de los medios para acreditar dicha solvencia de las empresas: una declaración de las medidas adoptadas por los empresarios para controlar la calidad, así como de los medios de estudio y de investigación de que dispongan. Si la calidad del servicio depende, entre otros factores, de la existencia de sistemas ágiles y gratuitos para resolver las quejas de los usuarios, podría especificarse en el Pliego el requisito de la adhesión de la empresa licitadora al sistema de Arbitraje de consumo como uno de los indicadores de la calidad del servicio.
- Inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como uno de los criterios objetivos a ponderar para la adjudicación de los concursos de contratos de gestión de servicios públicos de la adhesión al sistema de Arbitraje de consumo de las empresas licitadoras, ya que dicha adhesión, por las razones apuntadas, tiene relación con la calidad del servicio prestado que se cita expresamente en el artículo 87 de la Ley 13/1995 como uno de los criterios objetivos a valorar.
- Otras alternativas consistirían en introducir en el proyecto de ley de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante enmiendas en el Senado, las normas precisas para dar efectividad al acuerdo parlamentario, siempre y cuando estas modificaciones normativas respetasen los principios internos y comunitarios de la contratación pública y, en particular, el principio de concurrencia.

En este sentido, esta Subsecretaría entiende que podrían existir dos posibilidades:
- Introducir algún precepto en la regulación de los contratos de gestión de servicios públicos que cite expresamente la adhesión de la empresa licitadora a sistemas de arbitraje para resolver las quejas de los usuarios como uno de los criterios objetivos a valorar en los concursos, aunque se suscite la duda de si esta modificación afectaría al principio de concurrencia.
- Introducir una disposición adicional similar a la octava de la vigente ley, que permita a los órganos de contratación establecer en los Pliegos la preferencia en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos para las proposiciones

presentadas por las empresas adheridas al sistema de Arbitraje de consumo u otros sistemas de arbitraje, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

En consecuencia, el Subsecretario de Sanidad y Consumo, en su calidad de Presidente del Organismo Autónomo Instituto Nacional del Consumo (art. 8.3 del Real Decreto 1893/1996), que tiene atribuida la implantación, desarrollo y difusión del Sistema Arbitral de Consumo conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, b) del Real Decreto 1893/1996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, de sus Organismos Autónomos y del Instituto Nacional de la Salud, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicita de esa Junta Consultiva que se emita informe sobre la manera de dar cumplimiento al último párrafo de acuerdo parlamentario transcrito y, en concreto, sobre la viabilidad jurídica de cada una de las cuatro alternativas descritas en este escrito o de cualquier otra que ese órgano consultivo en materia de contratación administrativa considere conveniente para el mejor cumplimiento de referido acuerdo parlamentario».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar la viabilidad jurídica de las medidas que pueden tomarse para dar cumplimiento al contenido de la proposición no de Ley por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 15 de diciembre de 1997 en cuanto acordó instar al Gobierno a adoptar Acuantas medidas considere en aras de promover y conseguir la adhesión de las empresas públicas estatales, empresas en cuyo capital participe el Estado o aquéllas de titularidad privada que hayan asumido por cualquier mecanismo la prestación de un servicio público al sistema de arbitraje de consumo, para conseguir un más eficaz nivel del sistema de protección de los consumidores@ añadiendo que Aademás, se establecerá entre los criterios para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos la citada adhesión@.

Para examinar y resolver sobre las posibilidades existentes conviene partir de las enumeradas en el escrito de consulta, ordenándolas a efectos expositivos de manera que las cuestiones planteadas, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos han de quedar concretadas de la manera siguiente:
a) Posibilidad de incluir en los pliegos como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional la adhesión de la empresa al sistema de arbitraje de consumo.
b) Posibilidad e incluir la misma adhesión como uno de los criterios objetivos de adjudicación del concurso.
c) Posibilidad de introducir una modificación en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (mediante enmiendas en el Senado al proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se dice) que cite expresamente la adhesión a sistemas de arbitraje como uno de los criterios objetivos a valorar en los concursos o que introduzca una disposición similar a la octava de la Ley en el sentido de permitir a los órganos de contratación establecer en los pliegos la preferencia en la adjudicación para las proposiciones presentadas por las empresas adheridas al sistema de arbitraje de consumo u otros sistemas de arbitraje, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

2. Para resolver las dos primeras cuestiones suscitadas -posibilidad de incluir la adhesión a sistemas de arbitraje en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de los contratos de gestión de servicios públicos como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación hay que reiterar criterios ya expuestos por esta Junta en sus informes de 2 de marzo de 1998 (expediente 53/97), 11 de noviembre de 1998 (expediente 44/98), 16 de diciembre de 1998 (expediente 44/98) y en el informe de esta misma fecha (expediente 11/99).

En dichos informes esta Junta Consultiva ha razonado, basándose en la interpretación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública realizada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87. Beentjes B.V.), que tanto las propias Directivas comunitarias como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecen una clara diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación del contrato, regidas por reglas distintas, sin que a la utilización de las Directivas comunitarias como elemento interpretativo pueda oponerse el hecho cierto de que el contrato de gestión de servicios públicos todavía no ha sido objeto de regulación por dichas Directivas, pues, con independencia de que existen ya proyectos para incluir en el Derecho comunitario los citados contratos de gestión de servicios públicos, lo cierto es que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, transcribiendo casi literalmente normas de las Directivas, regula en el artículo 19 la solvencia técnica o profesional, como criterio que debe examinarse en relación con las empresas y que se declara aplicable a los demás contratos regulados en la Ley, es decir, a los que no sean de obra o de suministro, por tanto a los de gestión de servicios públicos y en el artículo 87, aplicable a todos los contratos por su carácter general y por su ubicación en el Libro I de la Ley referente a los contratos de las Administraciones Públicas en general, regula los criterios objetivos para la adjudicación de los contratos como requisito que ha de concurrir en las ofertas y no en las empresas.

3. Partiendo de las ideas generales que han quedado expuestas se observa que el artículo 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no incluye ningún apartado en que pueda encajarse la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo o a un sistema de arbitraje, en general, como requisito de solvencia. Si se pretende enlazar, como se hace en el escrito de consulta con la calidad del servicio público prestado y, por tanto, con el apartado f) del artículo 19, que hace referencia a una declaración de las medidas adoptadas por los empresarios para controlar la calidad, hay que señalar que el que la empresa se haya adherido a un sistema de arbitraje nada tiene que ver con su solvencia técnica para prestar el servicio, pues empresas con gran solvencia no adheridas a sistemas de arbitraje pueden prestar un servicio de calidad y empresas con ninguna solvencia, pero adheridas a este sistema, pueden prestar un servicio deficiente, circunstancia que quedará acreditado cuanto mayor sea el número de reclamaciones y las cuestiones que se someten a arbitraje.

Si se tiene en cuenta, además, que por el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si se estableciera este requisito de solvencia técnica habría que rechazar a todas las empresas que no se hubieren adherido al sistema de arbitraje, sin posibilidad de examinar sus ofertas, podría producirse algún efecto discriminatorio respecto de empresarios no españoles del resto de países comunitarios y esta circunstancia, por si sola, bastaría para rechazar la posibilidad de que la adhesión a un sistema de arbitraje pueda figurar en los pliegos como requisito de solvencia.

4. En cuanto a la posibilidad de que la adhesión a un sistema de arbitraje pueda figurar en los pliegos como criterio de adjudicación del concurso nos remitimos expresamente a las consideraciones de nuestro informe de 16 de diciembre de 1998 y

de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988, recogidas en aquél, en cuanto se declaraba lo siguiente:

«En cuanto a los criterios de adjudicación que no sean el del precio más bajo la Sentencia realiza la siguiente declaración:

"Si la segunda alternativa (se refiere a la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa), deja a los poderes adjudicadores la elección del criterio de adjudicación del contrato que ellos consideran conveniente, esta elección no puede basare más que en criterios tendentes a identificar la oferta económicamente más ventajosa@ añadiendo que Aen efecto, no es más que a título de excepción el que el apartado 4 del mismo artículo (se refiere al artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, coincidente con el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE) admita que la adjudicación pueda ser fundada sobre criterios de naturaleza diferente en el cuadro de una reglamentación tendente a hacer beneficiarse a ciertos licitadores de una preferencia a título de ayuda, a condición de que la reglamentación invocada sea compatible con el Tratado, particularmente con los artículos 92 y siguientes@.

Interesa destacar que aunque la Sentencia admita la utilización de otros criterios para la adjudicación lo hace con carácter muy limitado, puesto que la referencia al apartado 4 del artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, hoy artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, limita tal posibilidad a que criterios distintos de los del precio más bajo o de proposición más ventajosa económicamente estén establecidos o previstos en una normativa vigente en el momento de adoptar la Directiva (se refiere a la 71/305/CEE) que tenga por objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa indicada sea compatible con el Tratado. Obviamente esta excepción no resultaría aplicable en ningún caso a España, que en la fecha de incorporación de la Directiva 71/305/CEE no tenía en vigor tal normativa excepcional sin perjuicio de que además, como veremos, la discriminación por razón de nacionalidad sea incompatible con el Tratado.

Refiriéndose a la condición de emplear parados de larga duración se realiza en la misma Sentencia la siguiente consideración:

"La exigencia de emplear parados de larga duración podría notablemente enfrentarse al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado por el artículo, apartado 2 del Tratado, en el caso de que se revelase que tal condición no podría ser cumplida más que por los licitadores nacionales o bien que sería muy difícilmente cumplida por los licitadores provenientes de otros Estados miembros@ añadiendo que Acorresponde al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la exigencia de tal condición tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta@. En la propia Sentencia se califica la condición de emplear parados de larga duración como Acondición particular suplementaria".

Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia no es el de que la condición de emplear parados sea un criterio para la adjudicación del contrato, sino una condición exigida a todos los licitadores, pero la argumentación utilizada en cuanto a la discriminación o no discriminación aporta elementos interpretativos valiosos a efectos del presente informe.

Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la

que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir, que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros».

Partiendo de estas consideraciones en el presente caso hay que resaltar que la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo o, en general, a sistemas de arbitraje no es una condición de la oferta que pueda hacerla económicamente más ventajosa sino una condición de la empresa que, en su caso, habrá que apreciar como requisito de solvencia, lo cual, no obstante, ha quedado anteriormente descartado.

Además hay que señalar en cuanto a la calidad que, aunque mencionada expresamente como uno de los criterios de adjudicación del concurso en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la imposibilidad de enlazar el sistema de arbitraje con el criterio de la calidad y sus posibles efectos discriminatorios debe hacerse con una remisión a lo expuesto en el anterior apartado de este informe en cuanto al tratamiento de la adhesión a sistemas de arbitraje como requisito de solvencia.

5. Resta por examinar la posibilidad de que por norma con rango de Ley formal, cualquiera que sea ésta, se modifique la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluyendo las medidas pretendidas en el escrito de consulta.

Aunque por el principio constitucional de jerarquía normativa una Ley posterior puede modificar en todos sus extremos una Ley anterior no parece congruente que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe favorablemente propuestas que contradigan lo hasta aquí expuesto, entre otras razones porque tales propuestas, factibles desde un mero punto de vista formal, podían contradecir normas y principios de las Directivas comunitarias. En este sentido el informe de esta Junta tiene que ser contrario a una modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mediante la cual se establezca que la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo, de arbitraje en general, pueda figurar como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación del concurso en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.

También esta Junta se muestra contraria a que se introduzca en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas un precepto de contenido similar al de la disposición adicional octava respecto a empresas con minusválidos, pues aparte de ser contrario a todo sistema de contratación administrativa la introducción de preferencias, lo que llevaría a cuestionarse el acierto de la actual disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cierto es que al aplicarse tal preferencia en el caso de que Adichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación@ queda apenas sin sentido la preferencia establecida.

La única solución factible, a juicio de esta Junta, es proceder a la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estableciendo un precepto que establezca que en la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos será requisito indispensable para su adjudicación que las empresas acrediten haberse adherido a un sistema arbitral de consumo o, en general a un sistema de arbitraje. Para adoptar la solución que se indica habrá de ponderarse la siempre cuestión delicada de si el cumplimiento del ordenamiento jurídico o el fomento de medidas que

contempla ha de lograrse a través de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y sobre todo considerar las repercusiones que tal medida puede suponer con la posible incorporación por la misma razón de otras medidas, incluso en materias del propio Ministerio de Sanidad y Consumo, a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la adhesión a sistemas de arbitraje de consumo no puede considerarse ni requisito de solvencia ni criterio de adjudicación de concursos en los contratos de gestión de servicios públicos.

2. Que, aunque resulta posible una modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no parece oportuno que la misma se produzca en el sentido de considerar la adhesión como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación del concurso, ni tampoco introduciendo un precepto similar de contenido a la disposición adicional octava.

3. Que para resolver las propuestas planteadas la única solución posible consiste en introducir un precepto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estableciendo la adhesión a sistemas de arbitraje, no como requisito de solvencia o criterio de adjudicación, sino como requisito que deben cumplir todas las empresas para acceder a un contrato de gestión de servicios públicos, si bien en la adopción de tal solución deben ponderarse las circunstancias y repercusiones que aconsejen o no tal medida.

Informe 36/99, de 12 de noviembre de 1999. "Extensión de la garantía definitiva y posibilidad de su incautación antes de ser acordada su devolución. Consideración como interesado del denominado 'contravalista'".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Baracaldo (Vizcaya) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En virtud de Decreto de la Alcaldía nº 1709/99, dictado el pasado 30 de marzo, este Ayuntamiento iniciaba expediente, en orden a la incautación de la garantía definitiva de un contrato de prestación de servicio municipal, como consecuencia del incumplimiento de una de las cláusulas de mayor relevancia del Pliego de Condiciones. Concretamente, ha quedado acreditado que la empresa no satisfizo las cuotas correspondientes al personal contratado (servicio de limpieza viaria) a la Seguridad Social, deuda que alcanzaría un importe aproximado a 130 millones, cantidad que reclama la Seguridad Social por entender que existe responsabilidad solidaria de la Administración municipal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y preceptos concordantes de la legislación de la Seguridad Social.

Abierto el correspondiente expediente, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en su Reglamento de desarrollo, durante el plazo de alegaciones no se formuló ninguna por parte de la representación legal de la empresa (el comisario de la Quiebra, al encontrarse en esta situación la misma), ni de la entidad bancaria que prestó el aval bancario correspondiente. Esta última remitió escrito comunicando que quedan a disposición de lo que al efecto resuelva este Ayuntamiento.

Se ha presentado, no obstante, un escrito por quien acredita documentalmente ser contragarantista responsable solidario de las obligaciones de pago que dimanan de dicho aval, alegando que no procede su incautación y solicitando se le tenga por interesado en el procedimiento, al amparo de lo dispuesto por el artículo 31.a) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Habrá que interpretar que se trata de un error y, en todo caso, lo que plantea es que, efectivamente, pudiera corresponderle esta condición al amparo de las letras b) ó c) del mismo precepto legal.

Se interesa el parecer de esa Junta Consultiva sobre la última de las cuestiones planteadas; concretamente, si ha de reconocerse la condición de interesado a un contravalista o contragarantista en los expedientes de incautación de garantías de los contratos administrativos."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque en el escrito de consulta se solicita expresamente informe de esta Junta sólo sobre la última de las cuestiones planteadas, es decir, si ha de reconocerse la condición de interesado a un contravalista o contragarantista en los expedientes de incautación de garantías de los contratos administrativos, lo cierto es que en la

primera parte del escrito, a pesar de la imprecisión de los hechos que se detallan, se suscitan cuestiones del mayor interés acerca de las garantías en la contratación administrativa sobre las que esta Junta cree necesario hacer determinadas consideraciones.

2. En la primera parte del escrito de consulta se hace constar que el Ayuntamiento incoa expediente de incautación de garantía definitiva de un contrato por incumplimiento por parte de la empresa en situación de quiebra, adjudicataria del servicio de limpieza viaria, de una de las cláusulas de mayor relevancia del pliego de condiciones -impago de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social por el personal contratado que alcanza un importe aproximado de 130 millones de pesetas- que la Seguridad Social reclama al Ayuntamiento por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Prescindiendo de aspectos que no quedan nada claros en la relación de hechos facilitada a esta Junta, en concreto si se ha decretado o no la resolución del contrato y en qué términos figura en el llamado pliego de condiciones la obligación de la empresa adjudicataria de satisfacer las cuotas de Seguridad Social correspondientes al personal contratado, pues parece que dicha obligación no guarda relación estricta con la ejecución del contrato, lo cierto es que el criterio de esta Junta ha de ser expuesto en relación concreta con el alcance y destino de la garantía prestada para la correcta ejecución de contrato de limpieza viaria ante la pretensión de la Seguridad Social de hacerse con dicho importe para eliminar o disminuir la deuda de 130 millones que la empresa adjudicataria -no el Ayuntamiento- tiene con la misma, basándose esta pretensión en la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento.

3. A la más elemental noción del derecho responde la idea de que las garantías en general, los avales en particular, responden exclusivamente del cumplimiento de la obligación garantizada y no del resto de las obligaciones del deudor garantizado, pues si bien este último responde con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones (artículo 1911 del Código Civil) la responsabilidad del garantista o avalista se limita a la obligación que se garantiza, en este caso la correcta ejecución del contrato de limpieza viaria, como inequívocamente se desprende de la regulación de la fianza en el Código Civil (artículo 1822 a 1856) y de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 44 al enumerar los conceptos de los que responden las garantías definitivas (penalidades, obligaciones, gastos y daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato e incautación en casos de resolución) y liga lógicamente tales conceptos al incumplimiento del contratista y, además, frente a la Administración y no frente a terceros. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1985 ha declarado que "... tampoco puede aceptarse la afirmación de que las fianzas incautadas estuviesen afectas a fines distintos de los que han motivado su incautación, pues es bien notorio que las fianzas constituidas quedan afectadas al estricto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la relación contractual para cuya garantía se constituyesen".

Sin necesidad de extenderse más en estas ideas elementales sobre la finalidad de las garantías definitivas en la ejecución de los contratos que permiten concluir que un tercero, ajeno a la Administración y al contratista, cual es el caso en este supuesto de la Seguridad Social, no puede incautar o hacerse con el importe de la garantía definitiva queda por realizar una última consideración sobre el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto se cita como fundamento de la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento frente a la Seguridad Social por deudas de la empresa adjudicataria del servicio de limpieza viaria y lo único que hay que afirmar, al respecto, es que tal cita no puede ser mas desafortunada, dado que el apartado primero se

refiere a la obligación de los empresarios de exigir a los contratistas y subcontratistas que acrediten estar al corriente en sus obligaciones de Seguridad Social y esta obligación, respecto a las Administraciones Públicas, aparece minuciosamente regulada en los artículos 8, 9 y 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, regulación que se entiende se superpone a la propia del Estatuto de los Trabajadores. En cuanto al apartado 2 del citado artículo 42 del Estatuto es muy dudosa su aplicación a las Administraciones Públicas por cuanto se refiere a las relaciones entre empresario principal y subcontratistas y por la exclusión de su aplicación para la contratación por razón de una actividad no empresarial, pero en todo caso porque cuestionarse la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores a las Administraciones Públicas, supone una cuestión ajena a la de la finalidad o destino de las garantías definitivas en un contrato administrativo y, por tanto ajena a la contratación administrativa y a la competencia de esta Junta.

4. En cuanto a la segunda cuestión suscitada que es la única sobre la que expresamente se consulta -condición de interesados en los expedientes de incautación de garantías de "contravalistas" o "contragarantistas"- los términos del escrito no arrojan tampoco demasiada luz para sentar conclusiones definitivas e indubitadas, pues lo único que se consigna en el citado escrito de consulta es que en el expediente de incautación de garantías constituida mediante aval "se ha presentado, no obstante, un escrito por quien acredita documentalmente ser contragarantista responsable solidario de las obligaciones de pago que dimanan de dicho aval" y se centra la consulta en de si ha de reconocerse la condición de interesado a un "contravalista" o "contragarantista" en los expedientes de incautación de las garantías de los contratos administrativos.

A juicio de esta Junta y ante las dudas que suscita la expresión de "acredita documentalmente ser contragarantista" hay que atender como dato decisivo a la constitución de la garantía ante el órgano de contratación. Si en el acto de constitución de la garantía la Administración tiene conocimiento formal de que existe un "contragarantista" y los términos a que se extiende su obligación, cumpliendo los que determina el artículo 36.1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 16 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, no hay ninguna dificultad para aplicar al mismo el criterio del artículo 47.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se insiste en que el "contravalista" más bien "coavalista" tendrá que haber cumplido los requisitos del artículo 36.1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 16 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, en el sentido de que la Entidad "coavalista" ha de ser Banco, Caja de Ahorros, Cooperativa de Crédito y Sociedad de Garantía Recíproca autorizados para operar en España, no encontrarse en situación de mora como consecuencia de incautaciones de anteriores avales, en situación de suspensión de pagos o quiebra o con autorización administrativa suspendida o extinguida y el aval ha de ser solidario respecto al deudor principal y de duración indefinida.

Lógicamente hay que pensar que el supuesto consultado no es el anterior que ni siquiera merecía ser objeto de consulta sino que, por el contrario, es el de que con posterioridad a la constitución de la garantía definitiva se acredita documentalmente el carácter de "contravalista", por lo que la conclusión a sentar debe ser precisamente la contraria a la del supuesto anterior, pues, aparte que el "contravalista" debería justificar los requisitos exigidos por el artículo 36.1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 16 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, al no haber sido parte en la constitución de la garantía, no puede adquirir la condición de

interesado en el procedimiento de incautación por este extraño cauce de pretender acreditar documentalmente su condición de "contravalista". Por tanto, la circunstancia reseñada -intervención posterior a la constitución de la garantía- determina que su relación con el avalista sea totalmente ajena a la Administración y deba desplegar sus efectos exclusivamente entre avalista y "contravalista".

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el denominado "contravalista" sólo puede ser considerado interesado en el procedimiento de incautación de garantía, al amparo del artículo 47 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si su posición ha sido tomada en consideración en el momento de la constitución de la garantía definitiva por cumplir los requisitos del artículo 36.1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 16 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

2. Que caso contrario la relación entre "contravalista" y avalista debe considerarse ajena a la Administración y a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que pueda tener la condición de interesado de conformidad con el artículo 31de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que, en todo caso, las garantías definitivas responden de la correcta ejecución del contrato, sin que esta responsabilidad alcance a otras obligaciones o deudas del contratista, como pueden ser las de Seguridad Social.

Informe 39/99, de 10 de junio de 1999. "Propuesta al órgano de contratación formulada por la Mesa de contratación de declarar desierto el concurso de construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista de peaje Santiago-Orense".

ANTECEDENTES.

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal.

«El Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 1998 publicó la Orden del Ministerio de Fomento, de 27 de noviembre anterior, por la que se aprobaban los pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares a que debía ajustarse la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo".

La Mesa de contratación, de conformidad con la Base 90 del correspondiente pliego y de acuerdo, así mismo, con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ha formulado por unanimidad una propuesta al órgano de contratación declarando desierto el concurso. Dicha propuesta aparece motivada en el correspondiente informe-propuesta firmado por el Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes como Presidente de Mesa.

Con base en el criterio unánime de la Mesa de contratación el Ministro de Fomento ha elevado al Consejo de Ministros, órgano de contratación en este caso, un proyecto de Acuerdo por el que éste, asumiendo las razones expuestas por la Mesa, declara desierto el concurso.

Siguiendo instrucciones del titular del Departamento, y a fin de que pueda formar mejor criterio el órgano de contratación, se interesa de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de su norma orgánica, la emisión del oportuno informe sobre la procedencia de la propuesta formulada por la Mesa de contratación, en función de lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Base 90 del pliego más arriba citados.

Se acompañan textos de los pliegos de bases y de cláusulas administrativas referentes al concurso, del informe-propuesta de la Mesa de contratación, del proyecto de Acuerdo del Consejo de Ministros al que se ha hecho referencia y de los resúmenes de las proposiciones de los dos grupos de licitadores, así como de los escritos presentados con posterioridad por los mismos».

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases para el concurso por procedimiento abierto, de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje, Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela. Alto de Santo Domingo.

b) informe propuesta de la Mesa de contratación, fechado el 25 de mayo de 1999, en relación con la adjudicación del concurso, en el que se hace constar que Ano obstante la puntuación final obtenida, la Mesa de contratación considera que debería hacerse uso de lo establecido en al base novena del pliego de bases y declarar el concurso desierto@. En consecuencia, por unanimidad, acuerda proponer al Ministro de Fomento eleve al Consejo de Ministros propuesta de declaración de desierto del concurso.

c) Resúmenes de las ofertas presentadas por los dos grupos de licitadores que han concurrido al concurso.

d) Cuatro escritos de los representantes de los dos grupos citados, presentados con posterioridad a las ofertas y con anterioridad a la propuesta de la Mesa de contratación, en los que cada grupo basándose en sendos dictámenes jurídicos que se acompañan, tratan de defender su oferta y pretenden la inadmisión o la no consideración de la oferta del otro grupo. En el último escrito incorporado, fechado el 25 de mayo de 1999, uno de los grupos de licitadores manifiesta su oposición a una hipotética y futura adjudicación del concurso por procedimiento negociado.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión básica y fundamental que se plantea en el escrito de consulta consiste en determinar si, de conformidad con la propuesta de declarar desierto el concurso, formulada por la Mesa de contratación resulta o no procedente tal declaración, para cuya resolución se hace necesario realizar unas consideraciones previas acerca del alcance y significado del informe de esta Junta.

Por otra parte, como de la documentación remitida resultan otras cuestiones, fundamentalmente de carácter procedimental, que pueden influir o alterar la decisión que se propugne, también procederá realizar una serie de consideraciones sobre las mismas.

2. Aunque el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa y el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su artículo 2.1., atribuye a la misma la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración, es indudable que tales preceptos sobre la función consultiva o de asesoramiento de esta Junta han de interpretarse en el sentido de que la función de la Junta no puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe atribuidas, en el ámbito de la contratación, a órganos específicos y concretos, como sucedería si, en el presente caso, se entendiera que la Junta, por vía de informe, ha de proceder a un análisis o examen de cada uno de los grupos y ofertas presentados para concluir con la admisibilidad o inadmisibilidad de los citados grupos y ofertas, debiendo citarse, en este sentido, la doctrina de la propia Junta reflejada en sus informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96), 17 de marzo de 1998 (expediente 46/98) y 11 de noviembre de 1998 (expediente 31/98) expresiva de que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no tiene por misión resolver expedientes concretos de contratación, ni puede sustituir las facultades o funciones atribuidas por la Ley a otros órganos.

A la consideración teórica que ha quedado expuesta habría que añadir otra consideración práctica, pues si se admitiera hipotéticamente que la Junta Consultiva ha de examinar las características de los grupos que han concurrido a la licitación y de sus ofertas para pronunciarse sobre su admisión o inadmisión, es evidente que habría que remitir a la misma la documentación completa del expediente y no sólo un resumen de las ofertas, concederla un plazo, al menos idéntico, al que tienen la Mesa y el órgano de contratación para resolver el concurso, dentro del cual, dada la complejidad técnica de las cuestiones que tal examen suscitaría y de hecho ha suscitado, la Junta debería solicitar y obtener los correspondientes asesoramientos técnicos, todo lo cual demuestra la inviabilidad de la tesis de que corresponde a la Junta Consultiva el examen concreto de los grupos presentados y de sus ofertas para decidir sobre su admisión o inadmisión.

3. La consideración anterior permite entrar en la genérica -que es la expresamente consultada- de si resulta procedente y en qué casos declarar desierto un concurso para la construcción, conservación y explotación de una autopista, cuestión que ha de ser abordada, con carácter general para todo tipo de contratos y, con carácter específico para el contrato de gestión de servicio público, carácter que como veremos, tiene el de construcción, conservación y explotación de autopistas, que se rige por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y supletoriamente, por disponerlo así su artículo 2, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y que, al no contener la primera normas específicas sobre la materia, se aplicará con carácter preferente.

La posibilidad de declarar desiertos los concursos en la adjudicación de contratos administrativos ha venido siendo tradicionalmente admitida en la legislación de contratos del Estado, en base a lo dispuesto en el artículo 36, quinto párrafo, de la Ley de Contratos del Estado, que, incluido en la regulación del contrato de obras, resultaba aplicable al resto de los contratos administrativos y que expresaba que la Administración tendría alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma o declarar desierto el concurso.

Sin que sea éste el lugar adecuado para reproducir la abundante jurisprudencia producida en relación con el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado y también con la regla 50 del artículo 40 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que utilizaba fórmula diferente, sí hay que consignar la evolución de los criterios jurisprudenciales que, si bien admiten el carácter discrecional de la declaración del concurso desierto, rechazan toda idea de arbitrariedad y, sobre todo, hay que destacar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que ha sustituido a la Ley de Contratos del Estado, aborda esta materia en preceptos con distinta redacción en la que ha tenido una influencia decisiva las Directivas comunitarias sobre contratación pública, lo que obliga a examinar el significado y alcance de la facultad de declarar desierto un concurso en la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas literalmente establece que Ala Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 87, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego@. Si se observa que, a diferencia de la legislación anterior, se exige expresamente que el declarar desierto un concurso ha de hacerse por resolución motivada en todo caso y

que esta motivación ha de hacer referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego, fácilmente puede sostenerse que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha disminuido el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto un concurso y solo debe admitirse cuando las distintas ofertas no se ajustan a las condiciones exigidas en el concurso que figuran en los pliegos y, a la inversa, que cuando una o varias de ofertas se ajustan al pliego no existirá la posibilidad de declarar desierto el concurso, sino que será procedente su adjudicación a la oferta que deba considerarse la más ventajosa económicamente. Por lo demás esta tesis aparece confirmada por los artículos 140.1.a), 160.2.e), 182.1.a) y 210.1.a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que, por influjo de las Directivas comunitarias, se admite la utilización del procedimiento negociado cuando las ofertas en un procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables (artículos 140.1.a), 182.1.a) y 210.1.a) o no se hayan declarado admisibles (artículo 160.2.e) diferencia terminológica al que no hay que atribuir significado alguno, pues la idea a la que responden todos estos artículos es la de ofertas que no se ajustan a las condiciones del pliego y, por tanto, son inaceptables o inadmisibles, procediendo declarar desierto el concurso del procedimiento abierto o restringido. El supuesto anterior se diferencia del de falta de licitadores o no admisión de los mismos, no de sus ofertas, a que se refieren los artículos 141.a), 160.2 e), 183 a) y 211 a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que las diferencias terminológicas que en estos artículos y apartados se observan (falta o no admisión de licitadores (artículo 141. a), falta de licitadores (artículo 160.2.e), no presentación de proposiciones (artículos 183 a) y 211 a)) tengan trascendencia alguna, pues todos los supuestos pueden reconducirse al de falta o no admisión de licitadores.

4. Lo razonado en el apartado anterior con carácter general para todos los contratos resulta aplicable al contrato de gestión de servicio público, naturaleza que hay que predicar del de construcción y explotación de autopistas o, al menos, la de contrato mixto que se rige por las normas del de gestión de servicios públicos, como puso de relieve el informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997 (expediente 49/97) superando las dificultades interpretativas que pueda suscitar la redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La circunstancia de que el artículo 89.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sea aplicable a todo tipo de contratos, por tanto también al de gestión de servicios públicos, y que el artículo 160.2.e) específico de este último tipo de contratos contemple la existencia de ofertas que por no ajustarse a los pliegos en un procedimiento abierto o restringido pueden dar lugar a la utilización del procedimiento negociado, aunque ello no sea consecuencia de las Directivas comunitarias, que, de momento no han regulado este tipo de contratos, permite reproducir para los contratos de gestión de servicios públicos las consideraciones realizadas en relación con los contratos administrativos en general.

Por último debe significarse que a lo indicado no añade nada el contenido de la base novena del pliego de bases dado que, con remisión al artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se limita a transcribir literalmente su contenido, por lo que, en definitiva, la interpretación, en este extremo, de la cláusula novena del pliego de bases ha de ser idéntica a la ya realizada respecto al artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como resumen de lo hasta aquí expuesto y conclusión de estos apartados puede afirmarse que el declarar o no desierto el concurso convocado depende de que las dos ofertas sean o no inaceptables por no ajustarse a las condiciones de los pliegos,

sin que sea competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el examen y valoración de cada una de las ofertas para concluir con su aceptabilidad o inaceptabilidad.

5. El presente informe podría darse por evacuado con la conclusión que ha quedado sentada. Sin embargo, como se indicó al principio del mismo, existen algunos aspectos procedimentales derivados de la documentación remitida a esta Junta, que deben ser objeto de consideración.

En primer lugar se observa que, con posterioridad a la presentación de las ofertas, por los dos grupos de licitadores se han presentado una serie de escritos tendentes a defender su oferta y solicitar la inadmisión o la no consideración de la oferta del otro grupo. A estos escritos no puede atribuirseles otro valor que el de simples manifestaciones de los interesados, cuya aportación no encuentra base en ninguna de las normas legales ni reglamentarias que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos, si no que, por el contrario, la base para su no consideración se encuentra en el artículo 104 del Reglamento General de Contratación del Estado que señala que en este momento -el anterior a la apertura de la primera proposición económica y, lógicamente con posterioridad- la Mesa no puede hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas o el de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 101, es decir, defectos materiales subsanables. Tampoco en los pliegos que rigen la adjudicación de este contrato en concreto puede hallarse fundamento para la presentación de escritos como los presentados, pues si bien el pliego de bases, en su base novena, admite que la Mesa de contratación en su función de estudio e información podrá solicitar de los licitadores las informaciones y datos que estime convenientes y, en su base octava, establece que en el plazo de tres días hábiles siguientes a la apertura de las ofertas los representantes acreditados de los licitadores cuyas ofertas hubiesen sido admitidas puedan consultar las restantes ofertas admitidas, es evidente que ninguna de estas cláusulas, por ser otra su finalidad, justificaría actuaciones documentales como las que se han producido. En particular debe afirmarse que dichos escritos no pueden tener la consideración de reclamaciones o recursos que exijan una decisión de la Mesa de contratación, con independencia de su propuesta o del órgano de contratación con independencia de su acuerdo sobre la adjudicación del contrato, ya que el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reflejado en su artículo 94, consiste en remitir todas las reclamaciones y recursos al acto resolutorio del concurso, sin perjuicio de que en algún caso aislado y excepcional se produzca el rechazo de una oferta o la inadmisión de un licitador, lo que aquí no ha sucedido, ni debe suceder, mediante acto o decisión independiente del acuerdo sobre la adjudicación, en cuyo caso resultaría susceptible de impugnación independiente.

En segundo lugar se observa que en el último escrito presentado se hace alusión, por referencia a informaciones de prensa, a una posible adjudicación del contrato por procedimiento negociado. Ello, obviamente, constituye una mera opinión subjetiva sobre un hecho futuro que, ni se ha producido, ni se sabe con certeza si se producirá, ya que el declarar desierto un concurso no conduce necesariamente a la utilización de ningún procedimiento concreto en la futura adjudicación, si se decide llevarla a cabo, del contrato.

Por último ha de señalarse que puede inducir a confusión la terminología utilizada en los escritos presentados en cuanto se refieren a inadmisión o falta de toma en consideración de las ofertas. Aquí, reiterando lo expuesto en el comentario a los respectivos apartados de los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que aclarar que en los procedimientos de adjudicación de contratos existen dos fases diferenciadas relativa

la primera al examen de la capacidad y solvencia de los licitadores con el resultado de su admisión o exclusión de la licitación y la segunda a la consideración de las ofertas, por lo que resulta indiferente, a sus efectos propios, hablar de rechazo, inadmisión, falta de consideración o exclusión de ofertas o, por el contrario admisión y consideración de las mismas, pues, en todo caso, se insiste en este caso son las ofertas y no los licitadores las afectadas por la correspondiente decisión.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, conforme al artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la facultad de declarar desierto el concurso convocado para la adjudicación del contrato para la construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista de peaje Santiago de Compostela-Orense debe estar condicionada a que ninguna de las ofertas se ajuste a las condiciones exigidas en los pliegos, sin que sea competencia de esta Junta sustituir a la Mesa y al órgano de contratación en la apreciación concreta de las ofertas presentadas y sin que en la facultad de declarar o no desierto el concurso, puedan tomarse en consideración las circunstancias a las que se alude en el último apartado de este informe.

Informe 40/99, de 30 de junio de 1999. "Sobre aplicación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos y sobre utilización del procedimiento negociado en casos de declaración del concurso desierto". (Ver informe en 8.1.)

ANTECEDENTES.

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Con fecha 31 de mayo de 1999, esta Subsecretaría, siguiendo instrucciones del titular del Departamento, y a fin de que formara mejor criterio el Consejo de Ministros como órgano de contratación que debe resolver el concurso para otorgar la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo", solicitó dictamen de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa "sobre la procedencia de la propuesta formulada por la Mesa de contratación en función de los dispuesto por el artículo 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y de la base 9ª del correspondiente pliego".

En relación con el mismo concurso, y a fin de que por el órgano de contratación pueda adoptarse una decisión, tras haber sido suficientemente considerados y valorados en el marco jurídico regulador de la adjudicación de la concesión todos los extremos sobre los que versan las ofertas, se solicita de esa Junta Consultiva:

1. Que, en cumplimiento del acuerdo del Consejo de Ministros del 11 de junio de 1999, dictamine si, al amparo de lo previsto en el artículo 84.2.b) en relación con el 91 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el acuerdo que adopte el órgano de contratación puede no acomodarse a la propuesta, en base a considerar que la ?evaluación errónea y excesivamente baja? (citada en la valoración del criterio 4? del Informe-propuesta de la Mesa de contratación, referida a la estimación de los tipos de interés -cuya evaluación futura no depende del concursante-) puede considerarse como baja desproporcionada o temeraria, en los términos previstos en el citado artículo 84.2.b).

2. Igualmente, se solicita dictamen de ese Órgano consultivo sobre la viabilidad de acordar la apertura de un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de la concesión de referencia, en el supuesto de que sea declarado desierto el concurso, tal como se propone en el proyecto de Acuerdo de Consejo de Ministros que se acompaña.

Se adjunta, asimismo, de nuevo la documentación ya remitida con ocasión de la consulta precedente sobre el concurso, así como fotocopia del informe emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia, de fecha 27 de mayo de 1999».

2. Conforme se indica en el anterior escrito, además del proyecto de Acuerdo del Consejo de Ministros sobre apertura de un procedimiento negociado, se adjunta nuevamente la documentación remitida con ocasión de la consulta precedente sobre el concurso, que motivó el informe de esta Junta de 10 de junio de 1999 (expediente

39/99) así como fotocopia del informe emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia de fecha 27 de mayo de 1999.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Reiterando las consideraciones expuestas en nuestro anterior informe de 10 de junio de 1999 referente al concurso para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo, que se dan por reproducidas, resulta necesario abordar las cuestiones que ahora expresamente se suscitan y sobre las que el informe del Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia de 27 de mayo de 1999 propone que se pronuncie esta Junta Consultiva, consistiendo la primera en determinar si la ?evaluación errónea y excesivamente baja? de una de las ofertas puede considerarse como baja desproporcionada o temeraria en los términos previstos en el citado artículo 84.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la segunda en determinar, si el concurso es declarado desierto, si procede acordar la apertura de un procedimiento negociado con dispensa de publicidad, si se solicitan ofertas, en este nuevo procedimiento, a los grupos que las presentaron en el previo concurso, ya declarado desierto.

2. A diferencia de la subasta donde los supuestos y procedimiento para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, está perfectamente reglado y no debe suscitar especiales dificultades, la distinta ponderación del criterio del precio, incluso su inexistencia, en el concurso determina que sea imposible apreciar ?a priori? los supuestos en que una oferta debe considerarse desproporcionada o temeraria, y, en consecuencia, pueda aplicarse el procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 84, apartados 2 b, 3, 4 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Excepción a la afirmación realizada la constituye el que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares contenga fórmulas o criterios para la previa consideración de desproporcionadas o temerarias de las bajas de las ofertas en concursos, como esta Junta, como inmediatamente veremos, ha puesto de relieve y como pretende resolver el proyecto de Ley, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente en tramitación parlamentaria, al dar nueva redacción a su artículo 87, apartado 3, que literalmente establece que ?en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias?.

Esta Junta Consultiva, con arreglo a la legalidad vigente, ha manifestado la imposibilidad de apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, salvo que el pliego introduzca un sistema que permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas. Así en el informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96) (al que posteriormente se remiten los informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96) y el informe de 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97), en sus apartados 1, 2, 3, 4 y 5 de sus consideraciones mantenía lo siguiente:

«1 - La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si las normas sobre bajas temerarias o desproporcionadas -ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria- que contiene la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se circunscriben exclusivamente a la forma de adjudicación mediante subasta o, por el contrario,

resultan de aplicación al concurso e, incluso a los supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad. La cuestión enunciada tiene que ser resuelta partiendo de la regulación en las Directivas comunitarias de las ofertas anormalmente bajas, para, a continuación, examinar como se refleja en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la obligada incorporación del contenido de dichas Directivas en este extremo concreto a la legislación española.

2 - La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. El artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, con redacción prácticamente idéntica, después de mencionar los criterios en que puede basarse la adjudicación del contrato -el de precio más bajo o subasta en la terminología de la legislación española y el de la oferta más ventajosa económicamente con arreglo a distintos criterios o concurso en nuestra regulación- establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas. Resulta así incuestionable que en las Directivas comunitarias las ofertas anormalmente bajas pueden darse tanto en el concurso como en la subasta, ya que los reseñados preceptos, después de admitir que se puedan tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía o ahorro del procedimiento de construcción o proceso de fabricación, a las soluciones técnicas adoptadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, el suministro de productos o la prestación del servicio y a la originalidad del proyecto o del suministro, aclara que si en el pliego de condiciones se previera la adjudicación a la oferta más baja, la entidad adjudicadora comunicará a la Comisión las ofertas rechazadas.

3 - La finalidad que persigue la regulación comunitaria de las ofertas anormalmente bajas -de evitar su rechazo automático- y los medios concretos para ello -realizar las comprobaciones y verificaciones oportunas- aparecen incorporados al artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece la posibilidad de adjudicar el contrato a proposiciones incursas en presunción de temeridad siempre que, previos los informes y comprobaciones oportunas se estime que la proposición es susceptible de cumplimiento a satisfacción de la Administración. Este extremo del artículo 84 de la Ley, aunque se incluye en la regulación de la subasta (Subsección 2?, Sección 2?, Capítulo VII, Título III, Libro I) resulta aplicable al concurso no solo por la prescripción contenida en el artículo 91 de la misma Ley que establece que "los preceptos relativos a la celebración en la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación", sino también y fundamentalmente porque mediante la aplicación de la norma examinada al concurso, nuestra legislación se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, lo cual constituye una consecuencia inexcusable de nuestra pertenencia a la Unión Europea

4 - Solución contraria, es decir, de signo negativo, ha de ser mantenida en cuanto a la concreta aplicación al concurso de la regla contenida en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado al establecer que se considerará en principio como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, dado que, el carácter no

homogéneo de las proposiciones presentadas en los concursos, en relación con los diversos criterios de adjudicación establecidos en el pliego, impide la aplicación del criterio matemático establecido para supuestos en que el único criterio de adjudicación es el del precio como ocurre en la subasta.

Debe observarse que con ello no se mantiene la derogación, en este extremo, del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado lo cual estaría en contradicción con el reconocimiento de su vigencia que realizan el artículo 23 y la disposición derogatoria única del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que únicamente se sostiene que la regla de dicho artículo 109 no resulta aplicable al concurso, con lo que entra en juego la salvedad del artículo 91 de la Ley que exceptúa de la aplicación al concurso lo que sea exclusivamente aplicable a la forma de adjudicación de la subasta y permite mantener en este extremo concreto la vigencia del artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto considera de no aplicación al concurso el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Lo indicado en este apartado no constituye obstáculo, sin embargo, para que a través de los pliegos del concurso y mediante el juego obligado de criterios objetivos y de su ponderación a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se introduzca un sistema que, respetando siempre el principio de imposibilidad de su rechazo automático, permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas, resultando innecesario destacar, por obvio, que un futuro desarrollo reglamentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrá abordar la regulación de las ofertas anormalmente bajas o bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos al amparo de la remisión que a estas normas reglamentarias realiza el artículo 84.3 para la fijación de criterios objetivos para la apreciación del carácter desproporcionado o temerario de las bajas.

5 - La inaplicabilidad al concurso del criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado determina que resulte ocioso plantearse si procede o no exigir al adjudicatario una garantía definitiva equivalente al importe total del contrato, consecuencia prevista en los artículos 37.4 y 84.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la sencilla y exclusiva razón de no concurrir el presupuesto de hecho del que parten los mencionados artículos, que no es otro que el de la adjudicación a una oferta cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y, que, como hemos razonado resulta inaplicable al concurso».

Si a las consideraciones anteriores se añade que el contrato para la construcción, conservación y explotación de una autopista es un contrato de gestión de servicio público o, al menos, un contrato mixto que se rige por las normas del de gestión de servicios, salvo en el aspecto de su publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que se rige por las normas del contrato de obras (informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997 (expediente 46/97), que trata de superar las dificultades interpretativas que puede suscitar la redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y que el contrato de gestión de servicios públicos todavía no ha sido objeto de regulación por la Directivas comunitarias, fácilmente puede concluirse que, en este caso concreto, ni siquiera las exigencias de las Directivas comunitarias pueden operar y que al no figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni en el pliego de bases del concurso, fórmulas para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias resulta de imposible aplicación lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

para el procedimiento y efectos de las bajas desproporcionadas o temerarias en la subasta.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la viabilidad del procedimiento negociado sin publicidad, una vez declarado desierto el concurso- lo primero que hay que afirmar es que tal declaración sólo supone la conclusión de un procedimiento de adjudicación, que no necesariamente conduce a la utilización del procedimiento negociado, pues existen otras soluciones (no convocar nuevamente el procedimiento de adjudicación o convocar un nuevo concurso) que no pueden ser descartadas, por lo que la utilización de dicho procedimiento ha de ser examinada en términos de su viabilidad jurídica, como expresamente se consulta.

El artículo 160.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que el procedimiento negociado pueda tener lugar en el contrato de gestión de servicios públicos para aquéllos contratos que no llegasen a adjudicarse porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera. Como se ponía de relieve en el citado informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997(expediente 46/97) el contrato de gestión de servicios públicos que implica la construcción de obras, ha de regirse por las normas de publicidad comunitaria del contrato de obras, por lo que resulta procedente también la cita del artículo 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que admite no se publique el anuncio de licitación si se incluyen en el procedimiento negociado a todos los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a licitación.

En definitiva procede concluir que declarado desierto el concurso para la adjudicación del contrato de construcción, conservación y explotación de una autopista puede utilizarse el procedimiento negociado, al amparo de los artículos 160.2.e) y 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los requisitos de condiciones y precio a que se refiere el primero, si bien dicha utilización está previamente condicionada a que las ofertas en el primitivo concurso hayan sido inadmitidas, o considerado irregulares o inaceptables, debiendo remitirnos expresamente, en cuanto a las funciones de esta Junta en relación con examen de las ofertas y a la falta de transcendencia de la diversidad terminológica que se observa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a ofertas inadmisibles, irregulares e inaceptables, a cuanto se expuso en nuestro anterior informe de 10 de junio de 1999.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, respondiendo a los extremos objeto de consulta, entiende:

1. Que la distinta ponderación en los concursos del criterio del precio, incluso su posible inexistencia, hacen imposible la aplicación de los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas referentes a ofertas con bajas desproporcionadas o temerarias en las subastas y solo mediante las oportunas previsiones en el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá establecerse un sistema o fórmula para su posible consideración en los concursos, lo que no ha sucedido en el presente caso.

2. Que una vez declarado desierto el concurso para la construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista Santiago de Compostela-Orense y dicha declaración se haya producido por ser las ofertas presentadas inadmisibles, irregulares o inaceptables, aparte de otras posibilidades, puede acudirse a un procedimiento negociado, de conformidad con los artículos 160.2.e) y 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cumpliendo los requisitos que resultan de tales artículos.

Informe 44/99, de 28 de julio de 1999. "Pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por procedimiento abierto y concurso, en la modalidad de concesión del contrato para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje León-Astorga".

ANTECEDENTES.

1. Con fecha 8 de julio de 1999 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en el que indica que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se remite "pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso por procedimiento abierto de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje León-Astorga".

2. Según se indica en el citado escrito, contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje las siguientes cláusulas y apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cláusula 5. Extremos que han de comprender las proposiciones.

Apartado 5. El plan de realización de las obras, a que alude el apartado e) de la citada cláusula 8 del pliego de cláusulas generales, deberá referirse a la totalidad de las mismas.

Dicho plan vendrá acompañado del correspondiente diagrama de relaciones y precedencias, justificativo del mismo en ritmo anual y tiempo máximo para su íntegra ejecución, entendiéndose por tal la construcción terminada en condiciones de inmediata puesta en servicio. El citado plan deberá asimismo expresar los siguientes extremos referidos a cada tramo:

- Plazo para la presentación de proyectos de trazado y construcción, que en ningún caso será superior a cuatro meses y seis meses desde la fecha del Real Decreto de Adjudicación.

- Plazo para la iniciación de las obras, que en ningún caso será inferior a tres meses desde la fecha de presentación del proyecto de construcción.

- Plazo para la terminación de las obras, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 20.

- Plazo para la apertura al tráfico, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 20.

Por tanto, no resulta de aplicación lo indicado a este respecto en la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales.

Apartado 11. La revisión y modificación del plan económico financiero anteriormente mencionado, prevista en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas

generales, no implicará nunca la revisión del régimen económico financiero básico de la concesión que comprende:

a) Las tarifas y peajes aplicables a que se refiere la letra a) del apartado 10 de esta cláusula.

b) La ratio de capitalización a que se refiere el apartado i) de la letra 10.d) de esta cláusula.

c) La ratio de solvencia a que se refiere el apartado i) de la letra 10.e) de esta cláusula.

d) La duración de la concesión, que, con un plazo máximo de 65 años a contar desde la fecha de publicación del Real Decreto de adjudicación de esta concesión en el Boletín Oficial del Estado vendrá fijada en el mismo.

e) Los límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere el apartado 8 de esta cláusula.

El régimen económico financiero básico de la concesión sólo podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo.

Cláusula 13. Acciones.

Las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán en la forma prevista en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Los órganos rectores de la sociedad deberán comunicar a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, la titularidad inicial de las acciones.

También comunicarán a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, las alteraciones que se experimenten posteriormente en la titularidad de las acciones que impliquen un aumento o disminución de la participación en el capital social de la sociedad concesionaria igual o superior al 1 por 100.

La cláusula 19 del pliego de cláusulas generales se entenderá modificada por lo dispuesto en la presente cláusula.

Cláusula 15. Recursos propios.

Apartado 2. El capital social podrá desembolsarse en una o varias veces, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Real Decreto de adjudicación establecerá el porcentaje mínimo que, respecto del total de recursos movilizados, han de representar los recursos desembolsados por los accionistas, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, sin que pueda ser inferior al 10 por 100 del total de dichos recursos.

a) Se entenderán por recursos movilizados el total de recursos invertidos por la sociedad concesionaria, que incluirán los recursos desembolsados por los accionistas y los recursos ajenos de cualquier naturaleza que constituyan el pasivo de la sociedad

concesionaria, entre los que se incluirá el importe del préstamo participativo aportado por el Estado a la sociedad concesionaria en virtud de lo dispuesto en la cláusula 18 del presente pliego..

b) Se considerarán como recursos desembolsados por los accionistas, tanto el capital social desembolsado, como los préstamos subordinados y efectivamente desembolsados concedidos por los accionistas a la sociedad concesionaria. Dichos préstamos tendrán consideración de subordinados respecto al total de los recursos ajenos de la sociedad concesionaria en cuanto al orden de prelación de deudas a todos los efectos civiles y mercantiles.

La cláusula 29 del pliego de cláusulas generales se interpretará de acuerdo a lo establecido en este apartado.

Apartado 4. Una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de algunos de sus tramos, el concesionario tendrá libertad para distribuir dividendos con cargo a reservas de libre disposición o resultados del ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos a que se refieren los apartados 1 y 2 anteriores que, de acuerdo con el plan económico financiero presentado, determine el Real Decreto de adjudicación. No serán por tanto de aplicación las cláusulas 54 y 55 del pliego de cláusulas generales.

Apartado 6. Las posibles inversiones de la sociedad en activos que no sean objeto de reversión y que la sociedad realice para otras actividades dentro de su objeto social permitidas por la Ley, podrán financiarse con recursos propios o ajenos, siendo requisito la presentación de cuentas separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28, apartado e), del pliego de cláusulas generales

Cláusula 16. Recursos ajenos.

Apartado 2. En el plan económico financiero figurará de forma concreta el vencimiento último previsto de los recursos ajenos, que no podrá ser posterior al término de la concesión. No será de aplicación la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales que reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión.

Cláusula 19. Aspectos fiscales y contables. (Por error en el escrito de remisión del expediente se cita la cláusula 18)

1. No se exigirá el pago de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.3 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

Cláusula 21. Licitación de las obras.

Apartado 1. El concesionario podrá optar por realizar directamente las obras de cualesquiera tramos o fracciones, según lo previsto en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

A estos efectos se entenderá que se realiza la obra directamente por el concesionario cuando se encomiende a empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, o a las empresas vinculadas a ellas, tal como se define en el artículo 134

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso, y previamente a su contratación, el concesionario remitirá al Ministerio de Fomento un ejemplar del contrato para su aprobación. En estos casos, el concesionario deberá realizar directamente con organización y medios propios un volumen de obra cuyo presupuesto alcance, al menos el 50 por 100 del presupuesto del tramo o fracción de que se trate. No será de aplicación por tanto la limitación del 80 por 100 que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

Cláusula 36. Extinción y liquidación de la concesión.

Apartado 2. No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107, 108 y 109 del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:

a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.

b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.

c) Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada.

Apartado 3. La liquidación del importe resultante del valor patrimonial de la inversión en autopista determinado de la forma indicada se efectuará de acuerdo a las siguientes normas, no siendo, por tanto de aplicación el apartado f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.

a) Se liquidarán, en primer lugar, las obligaciones que el concesionario hubiese contraído con terceras personas, nacionales o extranjeras, atendiendo al orden de prelación de dichos créditos establecido por la legislación mercantil vigente.

b) En segundo lugar, se retendrá el importe vivo del préstamo participativo aportado por el Estado, de acuerdo con el Real Decreto de adjudicación de la concesión y que hubiese sido efectivamente desembolsado por el Estado a la fecha de resolución del contrato.

c) En tercer lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la sociedad concesionaria pro sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 15 del presente pliego.

d) La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones.

3. Al pliego de cláusulas administrativas particulares reseñado se acompaña informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, fechado el 5 de julio de 1999, sobre la tramitación del expediente y ciertas cuestiones que suscita.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Esta Junta Consultiva en sus informes de 23 de diciembre de 1997 (expediente 55/97), de 11 de noviembre de 1998 (expediente 43/98), de 16 de diciembre de 1998 (expediente 45/98) y de 6 de mayo de 1999 (expediente 24/99 y expedientes cumulados 20/99, 23/99 y 25/99), todos ellos emitidos también a petición del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento en relación al pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que conviene reproducir, siquiera sucintamente en el presente.

En primer lugar, se razonaba que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debía limitarse a las estipulaciones contrarias a los pliegos generales, en este caso, al aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que deba extenderse a otros extremos competencia del informe preceptivo del Servicio Jurídico del Departamento a que se refiere el artículo 50.4 de la propia Ley.

En segundo lugar, se destacaba la incidencia que en el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, habían producido disposiciones posteriores, entre ellas la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las modificaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, cuya vigencia expresamente se sostenía, siendo estas modificaciones las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, a las que había que añadir las que introduce la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Por ello se llegaba a la conclusión de que los extremos del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o a las modificaciones de la Ley de Autopistas habían perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases que tratan de ajustarse a la normativa vigente, no pueden considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por la Junta Consultiva. En particular, este razonamiento debe aplicarse a la cláusula 19 del pliego remitido, pues si la no exigencia del pago de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal se basa en lo previsto en el artículo 61.3 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, no puede decirse que contradiga lo dispuesto en la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales, porque hay que entender que esta última ha sido modificada por el citado artículo 61.3 y su aplicación, por tanto, ni siquiera requeriría el informe preceptivo de esta Junta.

En tercer lugar se apuntaba la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales de 25 de enero de 1973 para armonizarlo con la normativa vigente y a la conveniencia de sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y el de

cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo de la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego con lo que se produciría un mayor ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Si bien esta última observación ha sido atendida y se ha redactado un solo pliego de cláusulas administrativas particulares, prescindiendo de la distinción artificial entre éste y el pliego de bases, no sucede lo mismo con la primera observación, es decir la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales, conveniencia que se acentúa por la frecuencia con que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales, de lo cual constituye un ejemplo el presente informe, y que se evitaría logrando que estas estipulaciones no fueran contrarias al pliego de cláusulas generales mediante la oportuna modificación de este último. Con ello se eliminaría la urgencia con que son solicitados estos informes y, sobre todo, que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tenga que pronunciarse reiteradamente sobre cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de idéntico contenido.

2. Teniendo en cuenta lo anterior que, como decimos, ahora se reitera se pasa a examinar los extremos del pliego de cláusulas administrativas particulares en los que se puede apreciar contradicción o alteración de lo dispuesto en el pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta, debiendo significarse que las cláusulas de este pliego que ahora se informan son muy similares, por no decir idénticas, a las de los pliegos informados por esta Junta en 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 y 6 de mayo de 1999.

a) En la cláusula 5, apartado 5, en cuanto a la presentación y aprobación de proyectos, se reducen los plazos de seis y ocho meses que fija la cláusula 64 del pliego de cláusulas generales, que se declara expresamente no aplicable. Esta reducción de plazos deriva de la urgencia de estas obras, declaradas urgentes y de excepcional interés público, por lo que se estima justificada.

b) La cláusula 5, apartado 11, introduce, afectando a la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, modificaciones consistentes en homogeneizar las ofertas y hacerlas comparables, dar mayor flexibilidad a la estructura financiera, exigir que el licitador facilite toda la información necesaria que él mismo identifique como relevante y calificar las ayudas públicas, no como anticipos reintegrables sino como préstamos participativos que el Estado concede a la Sociedad concesionaria. La finalidad a que responden estas modificaciones justifica su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

c) En la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones representativas del capital de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta estableciendo la comunicación a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje de la titularidad inicial de las acciones y de las alteraciones que se experimenten posteriormente que impliquen aumento o disminución de la participación en el capital social igual o superior al 1 por 100. En esta cláusula y apartado se contradice lo dispuesto en la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, que expresamente se declara modificada, al desaparecer la prohibición de modificar el carácter de las acciones durante el período concesional y obligar a las comunicaciones a la Delegación del Gobierno que han quedado reseñadas, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria, facilitando su acceso al mercado de valores, se consideran justificadas estas modificaciones de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales.

d) En la cláusula 15, apartados 2, 4 y 6, se especifica el carácter de recursos propios, de acuerdo con cuya especificación debe interpretarse la cláusula 29; se elimina la reserva especial de la cláusula 54.b) y la aplicación de la cláusula 55; se elimina igualmente la aplicación de la cláusula 28.e) que obligaba a financiar en su integridad

con capital social de las inversiones que no formen parte del activo sujeto a reversión. Todas estas modificaciones de las cláusulas 28.e), 29, 54.b) y 55 del pliego de cláusulas generales se consideran justificadas, dada la finalidad que persiguen de introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos, eliminar la reserva especial de actualización de activos que tiene reflejo en la necesidad de dotar un mayor fondo de reversión y posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente.

e) En la cláusula 16, apartado 2, del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece la no aplicación de la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales en cuanto esta última reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad a la financiación, teniendo en cuenta las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.

f) En la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares se suprime la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal, supresión justificada por ampararse, como se ha indicado, en el artículo 61.3 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, por lo que en este sentido, en puridad no requeriría informe preceptivo de esta Junta.

g) En la cláusula 21, apartado 1, del pliego de cláusulas particulares se reduce al 50 por 100 el límite del 80 por 100 que prevé la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales para la ejecución propia, que se declara expresamente no aplicable y esta reducción se considera justificada por la tendencia general a ampliar la participación de otras empresas en los contratos de concesión.

h) En la cláusula 36, apartados 2 y 3, se declaran inaplicables los apartados e) y f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales en lo relativo a la valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y al sistema de prelación de deudas. Estas modificaciones se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de desincentivar el incumplimiento del concesionario y conseguir la mayor eficiencia de la garantía que, de facto, está concediendo la Administración.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que procede reiterar de nuevo los criterios de los informes de 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 y 6 de mayo de 1999 referentes al pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la construcción, conservación y explotación en régimen de concesión de autopistas de peaje y, en particular, la conveniencia de modificar el citado pliego de cláusulas generales, con la finalidad de evitar en el futuro la reiteración con que se vienen produciendo en los pliegos particulares cláusulas contrarias al pliego general.

2. Que, sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares introduce en relación con las cláusulas 19, 28.e), 29, 54, 55, 46, 47, 64, 67 y 107 apartados e) y f) del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas de este informe.

Informe 57/99, de 21 de diciembre de 1999. "Consulta sobre si el precio de un contrato de servicio público como recogida domiciliaria de basuras y otros, es el importe de una anualidad o bien la suma de las anualidades en las que se lleva a cabo el contrato".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Benicasim (Castellón) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

"En esta Administración se ha planteado con ocasión de la contratación de servicios públicos como la recogida domiciliaria de basuras, y otros la siguiente cuestión: si el precio del contrato por el que se debe licitar es el importe de una anualidad o bien la suma de la totalidad de las anualidades por las que se lleva a cabo el contrato.

Evidentemente sea una u otra la contestación acertada las consecuencias son diferentes en lo que se refiere a publicidad, clasificación de contratistas, garantía exigible al contratista, y otros extremos referentes al contrato.

Por todo ello ruego nos facilite alguna copia de algún informe que esa Junta Consultiva tenga emitido al respecto, o bien nos informe sobre esta cuestión que consideramos importante".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se plantea en el escrito de consulta, aunque referida al contrato de gestión de servicios públicos (recogida de basuras y otros), tiene que ser generalizada a todos los contratos de las Administraciones Públicas, incluso extenderse a los contratos entre particulares regulados por el Derecho civil o mercantil, anticipando la solución de que el precio o importe de un contrato es el correspondiente al plazo de duración del mismo, sin que exista precepto alguno que autorice su reducción al importe correspondiente a una anualidad o, también podría plantearse, a plazo distinto al de la anualidad.

De manera expresa y categórica no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma que establezca que el precio o importe de un contrato ha de ser fijado en relación con su duración aunque existen numerosos preceptos de los que puede deducirse tal conclusión como son, ciñéndonos al ámbito presupuestario y de contratación administrativa y solo a título de ejemplo, los referentes a gastos plurianuales (artículo 61 de la Ley General Presupuestaria y artículo 66 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales) los relativos a clasificación distinguiendo el límite total a partir del cual resulta exigible tal requisito y el concepto de anualidad media para la determinación de categorías (artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normas 2ª de las Órdenes de 28 de marzo de 1968, nuevamente redactada por Orden de 28 de junio de 1991 y de la Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por la Orden de 30 de enero de 1991) y las que se refieren a las menciones que han de figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que diferencian el presupuesto o precio total del contrato y régimen de pagos que puede establecerse por anualidades o por otros plazos (artículos 82.2 y 244, apartados 3 y 9, del Reglamento General de Contratación del Estado y artículo 4 apartados d) y e) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

2. Ejemplos más significativos y paradigmáticos de la solución que se viene propugnando encontramos en la legislación española relativa a contratos administrativas y en la normativa comunitaria.

En la legislación española el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio que se introduce, sobre la base del artículo 100.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y que se desarrolla por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, es un claro ejemplo de la distinción entre precio total que se abona a la finalización del contrato, y períodos inferiores a su duración total que se financian por el contratista.

En la normativa comunitaria las diversas reglas de valoración de los contratos de suministro y servicios (artículos 5 de la Directiva 93/37/CEE, relativa a contratos de suministro y artículo 7 de la Directiva 92/50/CEE, relativa a contratos de servicios) fijan la cuantía del contrato en función de su duración, sin que esta regla general quede alterada más que en supuestos de duración indeterminada o en contratos de duración superior a 48 meses, es decir, 4 años en que se limita a este último plazo. Obsérvese, sin embargo, que esta limitación a 4 años nunca podría ser aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos, no regulados por Directivas comunitarias y que el criterio de éstas ha sido expuesto como expresivo del general en que se inspiran y para una adecuada interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Por último ha de señalarse que el limitar el importe de un contrato administrativo al importe de una anualidad supondría un fraccionamiento del contrato y una interpretación que eludiría la prohibición tajante, también procedente de las Directivas comunitarias, del artículo 69.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresivo de que "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 del contrato".

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el precio o importe de un contrato de gestión de servicios públicos, en general de cualquier contrato de la Administración viene determinado en función de su plazo de duración, sin que sea lícita su reducción al importe de una anualidad.

Contratos de Suministro

Informe 1/95, de 22 de marzo de 1995. Contratos de suministro. Cláusulas de revisión de precios. Aplicación de la revisión de precios en los contratos de suministro.

ANTECEDENTES

Procedente de la Dirección General de la Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, firmado por el Subdirector General, tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a efectos de emisión de informe, escrito redactado en los siguientes términos:

"Por resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores de 19 de octubre de 1994 se convocó concurso público para el suministro de prensa diaria y revistas, por un importe de 31.653.240 pesetas, plazo de ejecución de febrero a diciembre de 1995 y cuyo anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 14 de diciembre y en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha de envío 18 de noviembre. Se trataba de un contrato de suministros en el que la cuantía total de los bienes a entregar estaba subordinada a las necesidades de la Administración (Artículo 237-1 del Reglamento General de Contratación del Estado).

El citado concurso, celebrado en las dependencias de este Ministerio el 13 de enero, fue declarado desierto por no haber sido presentada ninguna oferta hasta la fecha límite preceptiva. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se incluía una cláusula según la cual no se admitía la revisión de precios durante el período de vigencia del contrato, cláusula que este Órgano Gestor entendía de obligado cumplimiento, de acuerdo con el artículo 244.16 del Reglamento General de Contratación del Estado que establece la posibilidad de revisión de precios "si se trata de contratos de fabricación a los que alude el número 3 del artículo 237".

De acuerdo con la información suministrada por las empresas que han solicitado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la citada cláusula les ha impedido acudir a la licitación, ya que en el caso de aumento en el precio oficial de una o varias publicaciones les sería imposible mantener su oferta debido a que se produciría una considerable reducción del beneficio empresarial y a una prohibición expresa por parte de las editoriales de que los intermediarios vendan a un precio inferior al oficial.

Por lo anteriormente expuesto, y ante la posibilidad de que los futuros concursos que se convoquen sean declarados desiertos por las razones indicadas, esta Dirección General plantea la siguiente

CONSULTA:

1.- En el caso del contrato de suministros (Artículo 237-1), ¿es de obligado cumplimiento incluir una cláusula de "no revisión de precios"?

2.- Si el punto anterior fuese afirmativo, el incremento en el pago del precio unitario de las publicaciones hasta su valor oficial ¿se trataría de una revisión de precios o de una modificación admisible por alteración de las condiciones del contrato?".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Subdirector General de la Dirección General de la Oficina de Información Diplomática.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 23 de marzo de 1988, 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990 y 25 de octubre de 1993, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por el Subdirector General de la Oficina de Información Diplomática, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre las cuestiones suscitadas, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.

Conforme a la vigente legislación de contratos del Estado la revisión de precios no es admisible en los contratos de suministro, en general, aunque sí en los de suministro fabricación, a los que se refiere el apartado 3 del artículo 83, caracterizándolos como aquellos en los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, resultando tal posibilidad -la de aplicación de revisión de precios- de lo dispuesto en el artículo 84 párrafo segundo de la citada Ley de Contratos del Estado, a cuyo tenor a los contratos de suministro fabricación se aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de bases y más expresamente del artículo 244-16 del Reglamento General de Contratación del Estado que se refiere, como una de las menciones que deben figurar en el pliego de bases del suministro a la "cláusula de revisión de precios, en su caso, si se trata de contratos de fabricación a los que alude el número 3 del artículo 237".

La primera conclusión que debe sentarse, conforme a la legislación vigente, es la de que en los contratos de suministro que no sean suministro fabricación no existe posibilidad de revisión de precios, ni necesidad de mencionar esta circunstancia en el pliego que, solo, en su caso, habrá de contener la indicación de resultar aplicable dicha revisión en los supuestos de suministro fabricación, carácter que no concurre en los contratos para el suministro de prensa diaria y revistas.

3. La cuestión suscitada, en concreto, la del incremento del precio oficial de la prensa diaria y revistas puede ser resuelta sin necesidad de acudir a cláusulas de revisión de precios, dado que no existe ninguna dificultad para que esta posibilidad se tenga en cuenta en el momento de la adjudicación del contrato, previendo que las cantidades a satisfacer por la Administración se incrementarán en idéntica cantidad que el incremento del precio oficial de la prensa diaria y revistas, teniendo en cuenta que con ello no se contradice el principio de precio cierto que consagra el artículo 12 de la Ley de Contratos del Estado, al tener que ser interpretada dicha expresión con criterios sistemáticos con arreglo a las normas del Código Civil, en concreto, con el artículo 3-1 que impone dicha interpretación sistemática (en relación con el contexto) y con los artículo 1445 y siguientes en los que se aclara que es lo que se entiende por precio cierto en el contrato de compraventa, excluyendo que el señalamiento del precio se deje al arbitrio de uno de los contratantes.

Informe 10/95, de 8 de junio de 1995. Contratos de suministro. Conceptos generales. Adquisiciones directas de los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud..

ANTECEDENTES

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"Se adjunta con el ruego de informe un borrador de Acuerdo Marco que se pretende realizar entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, en nombre y representación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud, y la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica (Farmaindustria), por el que se regularán las adquisiciones directas los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud.

Farmaindustria, asociación empresarial integrada en la CEOE, que agrupa la práctica totalidad de los laboratorios farmacéuticos españoles, ha propuesto, como parte de un pacto que desea suscribir con el Sistema Nacional de Salud, la formalización de un acuerdo específico sobre adquisición directa de especialidades farmacéuticas por los centros hospitalarios públicos.

El sistema de adquisición de medicamentos para su uso dentro de las instituciones sanitarias se ha regulado, históricamente, en la legislación de la Seguridad Social, mediante la fórmula de Conciertos con Farmaindustria, en términos paralelos a los Conciertos con las Oficinas de Farmacia para el pago de los medicamentos por receta. Según los Conciertos con Farmaindustria (el último de los cuales, de 1986, es anterior a la entrada de España en las Comunidades Europeas), la adquisición de los medicamentos por los hospitales se realizaba de forma directa mediante un procedimiento normalizado de petición y suministros, con aplicación de unos descuentos fijos.

Este régimen de contratación directa fue objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con motivo de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Sevilla a raíz de los recursos que Farmaindustria formuló contra dos concursos de compra de medicamentos promovidos por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. El asunto, que dio pie a una demanda de la Comisión (C-382/92), concluyó con la Sentencia de 3 de mayo de 1994 que declara el incumplimiento de las obligaciones de España de aplicación, en estos casos, de la Directiva 77/62 sobre adjudicación de contratos públicos de suministros. El último Concierto con Farmaindustria caducó el 31 de diciembre de 1990.

En la actualidad Farmaindustria ha planteado la conveniencia de una serie de pactos con el Sistema Nacional de Salud, entre otros este Acuerdo sobre adquisiciones directas que, superando lo escollos del Concierto anterior, permita mantener un régimen común para las adquisiciones directas de menor cuantía que realicen los centros hospitalarios.

El Proyecto de Acuerdo que se remite no pretende dar continuidad a un sistema generalizado de contratación directa, antes al contrario (cláusulas 1.1, 1.2 y 1.3) hace referencia a que las contrataciones directas se harán siempre condicionadas al papel que esta modalidad de suministro debe ocupar en el marco del derecho comunitario. Asimismo, se declara (cláusula 1.4 y Disposición Adicional) el carácter voluntario y no exclusivo de este régimen, tanto para los hospitales como para los laboratorios, nacionales o comunitarios.

En relación con este proyecto de Acuerdo Marco y sobre su compatibilidad con la legislación española y europea de contratos de suministros, se ruega a este órgano que, en virtud de lo previsto en los artículos 2.1 y 17 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aprobado por Real Decreto 30/91, de 18 de enero, emita informe".

2. Conforme se indica en el escrito en el que se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se acompaña al mismo el denominado borrador del Acuerdo Marco que se pretende realizar y diversa documentación constituida por Memoria -Informe de la Secretaría General Técnica y por los antecedentes que representan el Concierto entre la Seguridad Social y Farmaindustria de 5 de julio de 1986 y su renovación de 3 de mayo de 1986 y los que dieron lugar a la Sentencia de 4 de mayo de 1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el conflicto planteado por la Comisión en relación con el régimen de acuerdos con Farmaindustria.

3. Del citado borrador de Acuerdo Marco a efectos del presente informe interesa destacar las siguientes cláusulas:

1.1. La adquisición de especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarios del Sistema Nacional de Salud, se efectuará siguiendo la normativa de contratación administrativa de suministros y las previsiones establecidas en la legislación comunitaria.

1.2. La adquisición se efectuará por concurso público siempre que resulte obligatorio, según la cuantía, por lo dispuesto en la normativa de contratación administrativa.

1.3. Cuando el concurso no resulte obligatorio y la Administración competente no proceda potestativamente promover concurrencia pública, las adquisiciones directas se regirán por las condiciones establecidas en este Acuerdo, para todas las Empresas acogidas al mismo, acuerdo cuyo único objeto es el de asegurar el abastecimiento transparente de medicamentos al Sistema Nacional de Salud, para que pueda cumplir sus objetivos de Salud Pública con mayores garantías.

1.4. Este Acuerdo tiene carácter abierto y podrán acogerse libremente a sus condiciones los controles sanitarios y los laboratorios autorizados para comercializar medicamentos en España estén o no integrados en Farmaindustria, entidad patronal que suscribe este pacto.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De conformidad con lo expuesto en el escrito de solicitud de informe éste debe hacer referencia a la compatibilidad del proyecto de Acuerdo Marco con la legislación española y europea de contratos de suministros, por lo que ambas cuestiones deben ser examinadas por separado, aunque, por razones sistemáticas, debe invertirse el orden en que las mismas son enunciadas.

2. Ninguna dificultad suscita el determinar la compatibilidad del Acuerdo-Marco con la legislación europea de suministros, pues constituida ésta por la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, su contenido ha sido incorporado a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como antes lo fuera la Directiva 77/62/CEE a la Ley de Contratos del Estado mediante el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, aplicándose la normativa comunitaria exclusivamente a los contratos de suministro que son de cuantía igual o superior a los límites de sujeción a las citadas Directivas comunitarias, que, para el bienio 1994-1995, ha sido fijado en 17.555.440 pesetas según indica la Orden de 25 de febrero de 1994 e incorpora el artículo 178 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como la cláusula 1.2 del proyecto de Acuerdo Marco establece que la adquisición de especialidades farmacéuticas se efectuará por concurso público, siempre que resulte obligatorio, según la cuantía, es evidente que no se verán afectados lo suministros de cuantía igual o superior a 17.555.440 pesetas y si solo los inferiores a 10.000.000 de

pesetas (artículo 87.3 de la Ley de Contratos del Estado) o a 2.000.000 de pesetas (artículo 183 i) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), por lo que difícilmente las adquisiciones directas por razón de la cuantía previstas en el Acuerdo Marco, pueden entrar en colisión con la normativa comunitaria sobre contratación pública.

3. En relación con la compatibilidad del Acuerdo Marco con la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas, debemos hacer la advertencia previa que el término comparativo utilizado lo constituye la Ley de 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas no sólo por haberse producido ya su entrada en vigor, sino por que las soluciones que consagra, en este extremo, no difieren en líneas sustanciales de las consagradas por la legislación de contratos del Estado.

Para resolver la cuestión suscitada hay que empezar afirmando que, aun cuando se habla de un Acuerdo Marco, su contenido no coincide con el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues este supuesto exige una previa adjudicación con sujeción a las normas de la Ley, es decir, mediante concurso, del propio acuerdo o contrato marco, para que las adjudicaciones posteriores puedan realizarse por utilización del procedimiento negociado (contratación directa), resultando innecesaria la advertencia de que esta posibilidad, planteada en términos distintos de los del Acuerdo Marco que se examina, resulta perfectamente factible y ajustada a la normativa española de contratación administrativa.

Según se desprende de la lectura de las cláusulas 1.3 y 1.4 del proyecto de Acuerdo Marco existe un compromiso para que las adquisiciones directas se efectúen por el Sistema Nacional de Salud a las Empresas acogidas al mismo lo que desvirtúa el significado de la utilización del procedimiento negociado, como antes de la contratación directa, eliminando su propio concepto tal como se incorpora al artículo 74.4 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que el contrato se adjudique al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, concepto al que igualmente responde la necesidad de consulta a tres empresas prevista en el artículo 93 de la misma Ley.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse que el sistema de adquisiciones directas previsto en el proyecto de Acuerdo Marco está en contradicción con los principios y reglas concretas de la utilización del procedimiento negociado que se recogen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el proyecto de Acuerdo Marco que se pretende realizar entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, en representación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud y Farmaindustria, si bien no contradice la normativa comunitaria sobre contratos de suministro, no se ajusta, en cuanto a su propia utilización del procedimiento negociado o contratación directa, a lo que con carácter general se preceptúa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 19/95, de 26 de julio de 1995. Contratos de suministro. Formas de adjudicación. Obligatoriedad o no para los Entes Públicos Estatales de adquirir sus bienes a través del sistema de la Dirección General del Patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en los artículos 183.g) y 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

Procedente de la Dirección General del Patrimonio del Estado tiene entrada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

> *"La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 184 al regular la contratación de bienes de utilización común para la Administración, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades públicas estatales.*
>
> *La mayor parte de estas entidades viene utilizando, desde la entrada en vigor de la Ley, el sistema de adquisición de la Dirección General de Patrimonio del Estado, respecto de los bienes que se encuentran declarados de adquisición centralizada (Decretos 2764/1967, 2572/73, 3392/73 y O.O.M.M. de 28 de diciembre de 1970, 9 de diciembre de 1975, 17 de abril de 1984 y 13 de mayo de 1986).*
>
> *Ante las dudas expuestas por alguna entidad pública estatal sobre la obligatoriedad de adquirir sus bienes a través del sistema de la Dirección General del Patrimonio del Estado, ruego que por esa Junta Consultiva se emita el oportuno dictamen sobre la obligatoriedad o no en el momento actual para los entes públicos estatales de utilizar dicho sistema o si, por el contrario, existe etapa transitoria derivada de disposiciones nacionales o comunitarias."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente queda centrada en determinar el alcance que debe darse a la expresión "demás entidades públicas estatales" empleada por el artículo 184 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, estableciendo que para dichas entidades, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar la adquisición centralizada el mobiliario, material y equipo de oficina y otros bienes y que la Dirección General del Patrimonio del Estado celebrará los concursos para la determinación del tipo de los bienes de adquisición centralizada.

En estos términos planteada la cuestión no admite respuesta distinta a la de que la expresión "demás entidades públicas estatales" que utiliza el citado artículo 184 hace referencia necesaria y exclusiva a aquellas entidades públicas estatales que según el artículo 1 de la propia Ley están sujetas a la misma, al tener que existir una necesaria adecuación entre el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas definido en su artículo 1 y la aplicación de su artículo 184, dado que resultaría una pura contradicción jurídica que entidades no sujetas a la Ley si lo estuvieren a un solo artículo, en este caso el 184, sin que en el mismo, ni en el resto de la Ley, exista una clara y expresa declaración al respecto.

La primera consecuencia que, por tanto, debe ser mantenida es doble ya que, por un lado, debe entenderse que las entidades públicas estatales sujetas a la Ley por aplicación del artículo 1, lo están también y sin restricción al artículo 184 y, por el contrario el resto de entidades públicas estatales no sujetas a la Ley no quedan comprendidas en la expresión "demás entidades públicas estatales" utilizada en el artículo 184, ni, por tanto, con carácter obligatorio, al sistema de adquisición centralizada previsto en dicho artículo.

2. La conclusión sentada no puede quedar desvirtuada por excepciones derivadas de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas directamente o como consecuencia de las Directivas comunitarias, excepciones a las que parece aludir el escrito de consulta al cuestionarse si "existe etapa transitoria derivada de disposiciones nacionales o comunitarias".
La disposición adicional tercera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, consagra una serie de excepciones a la aplicación del artículo 184 de la propia Ley, pero en ellas consigna la salvedad de que tales excepciones no afectan a los supuestos de adquisición centralizada, de lo que puede concluirse que la normativa vigente sobre contratación administrativa no consagra período transitorio o normas excepcionales para las entidades públicas estatales en lo referente a la adquisición centralizada de bienes.
Puede suscitarse, sin embargo, alguna duda por el contenido de la disposición transitoria sexta, apartado 2 de la propia Ley en cuanto que establece que "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley les resulten aplicables". A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa este apartado de la disposición transitoria sexta, que solo se refiere a Entidades que operan en los denominados en terminología comunitaria, "sectores excluidos", es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones da, respecto a la cuestión suscitada, la solución aplicable, pues al afirmar que "continuarán" rigiéndose por las normas que les resulten aplicables viene a dejar claro que aquellas entidades que se sometían a la legislación de contratos del Estado continuarán sujetas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y deben considerarse incluidas en la expresión "demás entidades públicas estatales" utilizada por su artículo 184. Por el contrario, las entidades públicas estatales no sometidas a la legislación de contratos del Estado, sino que se regían por el derecho privado o por otras normas, no puede entenderse que quedan sujetas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni, por tanto, a su artículo 184, pues ello equivaldría no a continuar, sino a alterar su régimen jurídico, lo que es contrario a la finalidad de la disposición transitoria sexta, apartado 2 de la Ley.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las "demás entidades públicas estatales" a que se refiere el artículo 184 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, como sujetas al sistema de adquisición centralizada de bienes, son las entidades públicas estatales que, según el artículo 1, están sujetas a la Ley, debiendo resolverse la cuestión para las Entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones con los criterios resultantes de la disposición transitoria sexta apartado 2 de la propia Ley.

Informe 20/95, de 26 de julio de 1995. Contratos de suministro. Revisión de precios. Revisión de precios en los contratos derivados de los concursos de determinación de tipo previstos en los artículos 183.g) y 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

Por la Dirección General del Patrimonio del Estado se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su Libro I, Título IV, Capítulo único, regula todo lo relativo a la revisión de precios en los contratos de la Administración.

Del análisis de dicho Título y específicamente de su artículo 104.2, puede deducirse que salvo los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, en los que en ningún caso tendrá lugar la revisión, en todos los demás contratos, cabe la citada revisión, siempre que se den los siguientes requisitos:

- Que se hubiese ejecutado un 20% de su importe.

- Que hayan transcurrido, al menos, 6 meses de su adjudicación.

- Que el pliego de cláusulas administrativas particulares detalle de la fórmula (sic) o sistema de revisión aplicable.

La aplicación de lo expuesto a los contratos derivados de los concursos de determinación de tipo previstos en la letra g) del artículo 183, y específicamente a los celebrados por esta Dirección General de acuerdo con el mandato establecido en el artículo 184, en cuanto que el importe, en la fase inicial del concurso, es indefinido plantea el problema del primero de los requisitos citados, es decir, la ejecución del 20% del importe contractual.

Sin embargo, el hecho de recoger en los pliegos el detalle de la fórmula o sistema de revisión, es fundamental tanto por motivos de interés público, como por razones de economía procesal e incluso de ahorro del gasto público.

Los concursos de determinación de tipo ofrecen respecto de los bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria por su utilización común, las ventajas de su posterior ejecución en procedimiento negociado y un bajo precio consecuente con el principio de economía de escala. Tienen la dificultad de su complejidad resolutoria, -participan gran número de empresas, con evaluaciones masivas de productos-, que debiera llevar aparejado que dichos contratos tengan, ahora que la Ley permite la revisión de precios, un período de vigencia superior al año, considerándose como duración normal 2 anualidades, pero es evidente en este supuesto y por elementales razones de equidad, que la revisión de precios debe figurar en el pliego.

Dado que las empresas participantes de los concursos de determinación de tipo se repiten de unos concursos a otros, entendemos que el importe del 20%, puede medirse siempre con relación al concurso anterior, donde el importe acumulado nos determina el citado 20%, sin mayores dificultades. Obviamente este sistema plantea el inconveniente de que las empresas que resultasen por primera vez adjudicatarias en un concurso de tipo, no tendrían punto de referencia para la cuantía, por lo que el elemento sustitutivo creemos que debe estar en la garantía definitiva exigida.

Dicha garantía cubre, de modo estimativo, el 4% del importe total, luego a través de la capitalización del porcentaje sabemos el importe globalizado que ampara el contrato. La estimación posterior del 20%, sería el que autorizaría la revisión de precios, transcurrido el primer año, a aquellas empresas que lo solicitasen,

mediante la aplicación del I.P:C., como referencia para el mantenimiento del equilibrio contractual para el segundo año por la razones de equidad ya referenciadas.

En razón a lo expuesto se pide a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncie, sobre los siguientes aspectos:

1º) ¿Los contratos de determinación de tipo, en cuanto tengan una duración superior a la anualidad admiten revisión de precios en los términos exigidos por el artículo 104 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?.

2º) ¿La determinación del 20% del importe, cabe obtenerlo bien sobre el importe total alcanzado por las empresas que hayan participado en el concurso anterior o bien sobre el importe estimado como consecuencia de la capitalización del porcentaje cubierto por la garantía definitiva?.

3º) ¿Sería suficiente para la aplicación específica recoger en el pliego de cláusulas administrativas, como fórmula de revisión, además del hecho estimado del 20%, la necesaria solicitud de la empresa, y que la revisión sólo alcanzaría al I.P:C., certificado por el I.N.E., correspondiente a la anualidad vencida?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones suscitadas por la Dirección General del Patrimonio, relativas a la aplicación de la revisión de precios a los concursos para la determinación de tipo, previstos en la letra g) del artículo 183 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y específicamente a los celebrados por la citada Dirección General, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la propia Ley, han surgido porque esta última, a diferencia de la legislación anterior, admite la revisión de precios en los contratos de suministro y también por la peculiar naturaleza de los concursos para la determinación de tipo en los que existen diversos contratos, el celebrado por concurso para la determinación de tipo y las concretas adjudicaciones por procedimiento negociado derivadas del concurso previamente celebrado.

2. El artículo 104 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, determina que la revisión de precios en los contratos regulados en la misma, salvo los de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, tendrá lugar en los términos establecidos en el Título IV del Libro I, en el que se incluye el propio artículo 104, cuando el contrato se hubiere ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación, añadiendo en su apartado 3, que el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego. Por su parte, el artículo 105.1, por lo que aquí interesa, establece que la revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas que determine el órgano de contratación.

A la vista de los reseñados preceptos procede concluir que los concursos para la determinación de tipo y las adjudicaciones derivadas de los mismos, como contratos de suministro, gozan en principio del derecho a la revisión de precios, si bien dada su especial naturaleza ésta no puede producirse sino con referencia a las adjudicaciones concretas derivadas del concurso, únicas en las que existe precio y, por tanto, resulta factible su revisión. Obviamente el órgano de contratación como preceptúa el artículo 104.3 de la Ley podrá establecer la improcedencia de la revisión, en resolución motivada, circunstancia que debe hacerse constar en el pliego y que no suscita especiales problemas desde el punto de vista del presente informe.

3. Los problemas interpretativos surgen cuando el órgano de contratación no considere oportuno establecer la improcedencia de la revisión y sea preciso aplicar la normativa relativa a la revisión de precios en las adjudicaciones derivadas de un concurso de determinación de tipo.

Ninguna dificultad suscita el establecer en el pliego la posibilidad de revisión de precios y que ésta se efectuará con arreglo al Indice de Precios al Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, pues resulta indudable que ambas circunstancias cumplen con la normativa de los artículos 104 y 105 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al ser el citado Indice de carácter oficial y consignarse expresamente en el pliego su aplicación.

Además de ello, el artículo 104 de la citada Ley exige para la aplicabilidad del sistema de revisión de precios que el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación. En cuanto a este último requisito, con independencia de la posibilidad de establecer la revisión a partir de los seis meses de la adjudicación, referida lógicamente a la fecha de la del concurso para la determinación de tipo, por la especial naturaleza de estos contratos, no existe inconveniente para que la revisión se establezca, como parece deducirse se desea por lo indicado en el escrito de consulta, a partir del período de un año, basándose esta conclusión en que si según el artículo 104 de la Ley el órgano de contratación puede establecer la improcedencia de la revisión de precios por todo el período de su vigencia del contrato, también puede establecerla para el segundo semestre a lo que, en realidad, equivale establecer la revisión transcurrido un año, aunque, en este caso y por la propia dicción literal del artículo 104, habrá que motivar la resolución pertinente.

4. Las verdaderas dudas y dificultades en la aplicación de la revisión de precios en los contratos que venimos examinando las suscita el requisito de que el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe, dado que en los concursos para la determinación de tipo y en las adjudicaciones de los mismos derivadas no puede determinarse "a priori", hasta que hayan sido totalmente ejecutados, su importe y, por tanto, tampoco puede determinarse cuando se ha ejecutado el 20 por 100 del mismo.

Esta circunstancia sería suficiente para que el órgano de contratación, al amparo del artículo 104 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, estableciese la improcedencia de la revisión de precios en resolución motivada, pero no constituye obstáculo a la solución contraria, que es la que propugna la Dirección General del Patrimonio en su escrito de consulta, por las ventajas que en el mismo se detallan y que obligan a examinar, dado lo razonado con anterioridad, como puede entenderse cumplido el requisito de la ejecución del contrato en el 20 por 100 de su importe.

Desde luego esta determinación no puede producirse sino por criterios méramente estimativos y de los dos que se consignan en el escrito de consulta -las adjudicaciones del concurso anterior o el estimar el importe del contrato por el de la garantía definitiva que se exige al adjudicatario- se considera jurídicamente más correcto, sobre todo por la circunstancia de afectar a todos los adjudicatarios y no sólo a los que lo hayan sido también en ejercicios anteriores, el fijar el importe del contrato, insistimos de manera estimativa, capitalizando el importe de la garantía definitiva con lo que puede determinarse, también estimativamente, cuando se ha ejecutado el 20 por 100 del importe del contrato. Con ello no se excluye la revisión de precios, en contra del sentido de los artículos 104 y 105 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la circunstancia de que en los concursos para la determinación de tipo y adjudicaciones derivadas del mismo no pueda determinarse más que estimativamente el importe de los respectivos contratos.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los concursos para la determinación de tipo y adjudicaciones de los mismos derivadas puede establecerse la revisión de precios al amparo de lo dispuesto en los artículos 104 y 105 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien el requisito de haberse ejecutado el 20 por 100 del importe deberá apreciarse estimativamente teniendo en cuenta el importe de la garantía definitiva que se exige al adjudicatario.

Informe 36/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de suministro/Contratos de consultoría y asistencia y de servicios. Preparación del contrato. Aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre tramitación anticipada en contratos a ejecutarse en el siguiente servicio, cuando el contrato el contrato sea adjudicado por procedimiento negociado en los supuestos de determinados por el artículo 183.g), respecto de los contratos de suministro y por el artículo 211.f), respecto de los contratos de servicios.

ANTECEDENTES

Por la Dirección General del Patrimonio del Estado se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"El artículo 70.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introduce una novedad en el sistema de la contratación administrativa, por cuanto permite la aprobación del expediente, aunque en ese momento se carezca de crédito presupuestario, siempre que el mismo aparezca como efectivo en el ejercicio económico siguiente, a cuyo fin se establece una condición suspensiva que, previamente, ha tenido que ser recogida en el pliego de cláusulas administrativas particulares a las que se somete la contratación.

El citado artículo eleva el rango de Ley, con ligerísimos matices, el contenido de la O.M. de Economía y Hacienda de 24 de febrero de 1993 (sic), sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto. Una de las diferencias más sensibles, es que en la O.M no podía procederse a la adjudicación definitiva, según la aclaración hecha por la Intervención General de la Administración del Estado, mediante Circular de 29 de marzo de 1983 (B.O.M.E. y C. de 14 de abril), mientras que en el artículo 70.4 según la interpretación que le damos, la adjudicación es definitiva, pero sin la posibilidad de ejecución hasta la disposición efectiva y suficiente del crédito.

En una correcta aplicación del contenido de la O.M referenciada, esta Subdirección General en la tramitación de expedientes de adquisición de bienes centralizados, no admitió la tramitación anticipada, puesto que al no existir una efectiva disponibilidad crediticia, el anticipar órdenes de suministro -adjudicaciones directas en la vieja Ley de Contratos-, podría originar obligaciones en perjuicio de los intereses públicos, ya que las citadas órdenes implican una adjudicación definitiva, al trasladarse a la empresa para la cual se formalizó una petición de suministro y además adolecería del requisito esencial de existencia de crédito (artículo 11.2.g) de la L.C.A.P..

La operatividad introducida por ésta, en el artículo mencionado en el encabezamiento, podría llevarnos a que en el procedimiento negociado sin publicidad al que se refiere el artículo 183.g) de la Ley, se preveyese en el pliego de los concursos de determinación de tipo, una cláusula relativa a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente, en ejercicio económico siguiente a aquél en que se trámite la hora de petición, siempre que se trate de bienes catalogados en un concurso vigente y la orden de suministro dada por la Subdirección General exprese, con rotundidad, que la ejecutividad de la misma queda condicionada a que el organismo muestre de modo fehaciente ante la empresa, de que ya dispone de los créditos en los términos legalmente exigidos,

circunstancia que podría, ciertamente, conciliar el proceso y conformarse al ya citado requisito del artículo 11.2.g) de la Ley.

Por el contrario, podríamos estar en el caso del artículo 70.3, es decir, ante supuesto distinto al de un procedimiento negociado sin publicidad derivado de la adjudicación de los concursos de determinación de tipo, y referido a aquellos contratos que iniciados y formalizados en un ejercicio, su ejecución no puede realizarse en el mismo, sino en el siguiente, cuestión básicamente distinta al de los bienes de adquisición centralizada.

En base a los razonamientos anteriores, de esa Junta Consultiva se solicita el dictamen siguiente:

1º. ¿Pueden introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos de determinación de tipo, una relativa a la posibilidad de someter la adjudicación resultante del procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad necesaria para el suministro pedido a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio presupuestario siguiente a aquél en que se confirme la petición de bienes?.

2º. En el supuesto de respuesta afirmativa a la pregunta anterior: ¿sería suficiente con la advertencia expresa en la orden de suministro que se expida, de que la misma está sometida a condición suspensiva, que sólo se levantará mediante la presentación fehaciente por parte del organismo solicitante de que en el ejercicio económico de que se trate, ya dispone de los créditos para atender las obligaciones contractuales emanadas de la orden que se encuentra en suspenso?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como resulta del escrito en el que se formula la consulta son dos las cuestiones suscitadas en el presente expediente, figurando la primera como condicionante del examen de la segunda, que quedaría automáticamente eliminada con una respuesta negativa respecto de la primera, lo que obliga a centrarse en la cuestión de si puede introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos de determinación de tipo la posibilidad de someter la adjudicación resultante del procedimiento negociado a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio presupuestario siguiente a aquél en que se confirme la petición de bienes.

2. La posibilidad enunciada la recoge el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que "cuando el contrato se formalice en ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente".

Las dificultades de aplicación de este artículo a los concursos de determinación de tipo, a los que únicamente hacen referencia los artículos 183.g) y 211.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para contratos de suministros y servicios, respectivamente, derivan de la especial naturaleza de estos contratos desdoblados en dos contratos distintos con diferente procedimiento de adjudicación: el propio concurso de determinación de tipo que constituye contrato previo e independiente, y las adjudicaciones de bienes y servicios concretos, que se realizan por procedimiento negociado, según resulta con toda claridad de los citados preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Esta dualidad de figuras contractuales determina la inaplicación, a cada una de ellas por separado, de la prevención contenida en el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En cuanto al concurso para la determinación de tipo, la no exigencia de crédito concreto para su celebración, determina la imposibilidad de aplicación de tal prevención. En cuanto a las adjudicaciones concretas de bienes y servicios por procedimiento negociado, la inexistencia de pliego en estos casos y el carácter automático de la adjudicación, al excluirse, incluso, la negociación

característica del procedimiento negociado, determinan que resulte imposible hacer constar en el pliego -inexistente- el sometimiento de la adjudicación a la condición suspensiva de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

3. La consideración anterior ha sido indudablemente tenida en cuenta en la formulación de la consulta y, por ello, en la misma, se prescinde de la consideración aislada del concurso de determinación de tipo y de las adjudicaciones concretas, por procedimiento negociado, de bienes y servicios derivados del concurso previo y, enlazando ambas figuras contractuales, la consulta se plantea en el sentido de determinar la posibilidad de que sea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso en el que se sometan a condición suspensiva las adjudicaciones concretas que posteriormente se realicen.

La respuesta negativa a la cuestión planteada en estos términos se impone como consecuencia de que la finalidad a que responde el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas carece de sentido aplicándolo a los concursos de determinación de tipo y de que, además, con su aplicación concreta, pudiera ser eludido algún otro precepto prohibitivo de la Ley.

La finalidad del artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la de su precedente constituido por el artículo 20 de la Ley de Contratos del Estado y Orden de 24 de febrero de 1983 no es otra que la de acelerar la tramitación de los expediente de contratación, finalidad que queda perfectamente cumplida con la simple existencia de dos contratos distintos e independientes en los concursos de determinación de tipo, sin que resulte necesario someter a condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente las adjudicaciones por procedimiento negociado de bienes y servicios teniendo en cuenta que la simplicidad del procedimiento en este caso priva de toda utilidad a la prevención del artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al poder ser prácticamente simultáneas la adjudicación por procedimiento negociado y la ejecución del contrato.

Si a ello se añade la consideración de la posible duración plurianual de estos contratos y que dicha circunstancia se ha facilitado notablemente con la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al admitir la revisión de precios en los mismos, antes inexistente en la legislación de contratos del Estado, lógico es concluir con la improcedencia de aplicar el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los concursos para la determinación de tipo, en la modalidad señalada en el escrito de consulta (prevención en los pliegos del concurso de que las adjudicaciones concretas por procedimiento negociado derivadas del concurso), con lo que, además, se evita que, en determinados casos, esta aplicación pueda suponer la infracción de la prohibición de pago del precio aplazado que consagra el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta aplicable a los concursos de determinación de tipo a que se refieren los artículos 183.g) y 211.f) de la propia Ley, ni siquiera en los términos en que se formula la consulta de hacer figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso la prevención de que las adjudicaciones concretas de bienes y servicios por procedimiento negociado quedan sujetas a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente, ya que la finalidad perseguida por el citado artículo 70.4 queda cumplida con la propia existencia de contratos independientes en los concursos de determinación de tipo.

Informe 1/96, de 7 de marzo de 1996. Contratos de suministros. Conceptos generales. Adquisición por el sistema de procedimiento negociado de bienes de equipo necesarios para el desarrollo de programas de investigación en la Universidad de las Islas Baleares.

ANTECEDENTES

Por el Rector de la Universidad de las Islas Baleares se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Como consecuencia de las modificaciones introducidas en el contrato de suministros con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, esta Universidad de las Islas Baleares solicita informe a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el asunto que a continuación se pasa a exponer:

El artículo 56.3 de la L.O. 11/1983, de 25 de Agosto, de Reforma Universitaria -LRU- (BOE nº 209, de 1 de Septiembre) contiene una previsión, en relación con a derogada legislación de contratos del Estado, del siguiente tenor: "las Universidades, previo acuerdo favorable del Consejo Social, podrán adquirir por el sistema de adjudicación directa los bienes de equipo necesarios para el desarrollo de sus programas de investigación". Por tanto, el mencionado precepto legal suponía una especialidad respecto a la legislación general del contrato de suministros, circunscrita, exclusivamente, a los citados bienes de equipo.

Las preguntas concretas que se plantean son: ¿debemos entender que no ha podido ser derogado el artículo 56.3 de la LRU, teniendo en cuenta que la Ley de Reforma Universitaria es una ley especial, promulgada en desarrollo del artículo 27.10 de la Constitución que reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca?

Por todo lo expuesto, y de conformidad con la competencia atribuida a esa Junta, se solicita la remisión del correspondiente informe, teniendo presente que de considerarse vigente el artículo 56.3 supondría una mayor agilidad y celeridad en la adquisición de los bienes de equipo necesarios para la investigación, lo que indudablemente redundaría en beneficio de un mejor cumplimiento de los fines que la Universidad tiene legalmente atribuidos".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ha derogado la prevención contenida en cuanto a la contratación directa de suministros en el artículo 56.3 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria o, como se apunta en el escrito de consulta, puede mantenerse que no ha podido ser derogado el citado artículo 56.3, teniendo en cuenta que la Ley de Reforma Universitaria es una Ley especial, promulgada en desarrollo del artículo 27.10 de la Constitución, que reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca.

2. A juicio de esta Junta Consultiva debe prevalecer la primera alternativa señalada -la derogación del artículo 56.3 de la Ley de Reforma Universitaria por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas- por la consideración fundamental de que las Universidades Públicas, como Organismos de Derecho público que no tienen carácter mercantil e industrial, han quedado sujetas a todos los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por prescripción expresa de su artículo 1, que no hace sino incorporar en este punto la normativa comunitaria sobre contratación pública a la que igualmente

deben entenderse sujetas, como poderes adjudicadores, las Universidades Públicas. La doble circunstancia de la sujeción de las Universidades Públicas a los preceptos de las Directivas comunitarias que figuran incorporados a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y la de que entre esos preceptos figure el artículo 76 expresivo de que el procedimiento negociado, que ha sustituido a la contratación directa, "solo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley, para cada clase de contrato" enumerándose en los artículos 182 y 183, para el contrato de suministro, que es al que se refiere la consulta, los supuestos taxativos de utilización del procedimiento negociado, en el que no figura, al menos en sus propios términos" el que preveía el artículo 56.3 de la Ley de Reforma Universitaria, permite concluir que este último ha de considerarse derogado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Frente a la conclusión anterior no puede sostenerse que la Ley de Reforma Universitaria es una ley especial promulgada en desarrollo del artículo 27.10 de la Constitución que reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca, pues aparte de que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, se promulga, en parte, en desarrollo del artículo 149.1-18ª; de la Constitución; que la autonomía de las Universidades no se ve afectada por la sujeción a normas de adjudicación de los contratos; de las dificultades de caracterizar a las leyes como generales o especiales, y de mantener principios como el de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior, que, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada deben ser manejados con toda clase de cautelas y de reservas, lo cierto es que tanto la Ley de Reforma Universitaria (artículo 56.3) como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 183 b) regulan un mismo supuesto en términos diferentes, lo que permite concluir que se dan todas las condiciones para apreciar la existencia de una derogación tácita, ya que no expresa, de la primera por la segunda.

3. Lo hasta aquí razonado permite afirmar que las Universidades Públicas no podrán fundamentar las adquisiciones de bienes (suministros) por procedimiento negociado en el artículo 56.3 de la Ley de Reforma Universitaria, pero sí amparar dichos contratos en el artículo 183 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas que autoriza la utilización del procedimiento negociado sin publicidad "cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de experimentación, estudio o desarrollo, no aplicándose esta condición a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o recuperar los costos de investigación y desarrollo". De la transcripción literal del artículo 6.3 b) de la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de suministro, fácilmente se llega a la conclusión de la coincidencia de este artículo con el artículo 56.3 de la Ley de Reforma Universitaria, con una extensión, tratarse de toda clase de bienes muebles y no solo de bienes de equipo y una doble restricción, que no se trate de producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo, restricción que difícilmente podrá operar con las Universidades Públicas, dado que no cumplen finalidad comercial que es la descartada por el citado artículo 183 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el artículo 56.3 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria en cuanto posibilita a las Universidades Públicas la adquisición por el sistema de adjudicación directa de los bienes de equipo necesarios para el desarrollo de sus programas de investigación, debe considerarse tácitamente derogado por la Ley 13/1995, de 18 de agosto, de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que, no obstante, constituye precepto similar el artículo 183 b) de la Ley últimamente citada, que podía ser utilizado por las Universidades Públicas para las adquisiciones de bienes, siempre que se cumplan los condicionamientos del citado artículo y apartado.

Informe 37/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de suministro. Varios. Convenio de cooperación entre la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos (Córdoba), de adhesión al régimen de adquisición de bienes homologados.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Hornachuelos (Córdoba) se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que expone una serie de consideraciones y formula consulta sobre determinados extremos, apareciendo redactado en los siguientes términos:

"Que la Junta de Andalucía tiene aprobado el régimen de adquisición centralizada de ciertos bienes en la Administración de esta Comunidad a través de la determinación de tipo mediante concursos regulados en el Decreto 110/1992, de 16 de junio y en aplicación, ahora, del art. 184 de la vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Que por Orden de 31 de marzo de 1992 de la Consejería de Economía y Hacienda, se extiende su eficacia a las Entidades Locales que hayan suscrito convenio para la adquisición de bienes homologados con la propia Consejería, delegándose la firma de aquellos en el Director General del Patrimonio.

Que en virtud de dicho convenio, este Ayuntamiento (que lo tiene otorgado y suscrito, y cuya copia adjunta se acompaña), puede adquirir por sí y con cargo a su presupuesto los citados bienes de acuerdo con los modelos, marcas y a los precios recogidos en el catálogo de Bienes Homologados que anualmente edita la reiteradamente citada Consejería de Economía y Hacienda.

Por su parte, las empresas catalogadas se obligan a formalizar los contratos de suministros con esta Corporación si lo solicita, obligándose a la entrega del número de unidades de bien homologado al precio unitario adjudicado y con la calidad e idoneidad ofertadas.

Que existiendo serias dudas sobre la virtualidad material de este convenio, se gira la presente CONSULTA a efectos de que por ese prestigioso organismo se aclaren las siguientes cuestiones:

1º.- ¿Cual es el juego u operatividad de estos convenios en el marco de la Ley 13/1995 LCAP?. ¿Permite obviar los procedimientos de selección de contratistas en cuanto estos vienen predeterminados (catalogados) y definidos los precios de los bienes a suministrar sin posibilidad de opción?.

2º.- En caso contrario, ¿qué significa la "mayor eficacia y celeridad" que refiere el convenio en su expositivo III, c) ?.

3º.- ¿Qué alcance tiene, al amparo de este régimen de adquisición de bienes homologados concertado vía convenio, el art. 183.g) LCAP?."

2. A dicho escrito y conforme se indica en el mismo, se acompaña fotocopia del "Convenio de Cooperación entre la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos de adhesión al régimen de adquisición de bienes homologados" suscrito el 19 de marzo de 1996 en el que se hace constar, por lo que interesa al presente informe, lo siguiente:

- Que la Consejería de Economía y Hacienda viene convocando anualmente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 184 de la vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, los concursos de determinación de tipo para el suministro de bienes sometidos al régimen de adquisición centralizada que hayan sido previamente declarados de necesaria uniformidad por la Dirección General del Patrimonio.

- En aplicación del Decreto 110/1992, de 16 de junio, por el que se regula el régimen de adquisición centralizada de determinados bienes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se seleccionan los modelos, precios unitarios y empresas suministradoras de los bienes homologados a través de la tramitación de los concursos de determinación de tipo que a continuación se indican:

a) Mobiliario de oficina.
b) Material de reprografía.
c) Material auxiliar de informática.
d) Microordenadores y periféricos.
e) Aparatos de aire acondicionado.
f) Vehículos.
g) Papel y carpetas de archivo.

- Que con objeto de ampliar las ventajas anteriormente señaladas al ámbito de la Administración Local, ambas partes consideran que la economía del gasto público y la eficacia en la gestión son asuntos de mutuo interés a incluir dentro del marco de cooperación y asistencia activa previsto entre las distintas Administraciones Públicas por los artículos 55 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Como consecuencia de lo anterior se firma el Convenio entre la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos cuyo objeto es hacer extensivo a este último el régimen de adquisición de bienes homologados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, detallándose las obligaciones de las empresas suministradoras frente al Ayuntamiento de Hornachuelos, la de este último de comunicar a la Dirección General del Patrimonio de la Consejería de Economía y Hacienda los incumplimientos y deficiencias que la Entidad Local observe en la ejecución y de facilitar a la Consejería cuanta información se solicite y la de la Consejería de remitir al Ayuntamiento un ejemplar del catálogo de bienes homologados y ofrecer al Ayuntamiento información complementaria sobre los bienes y las empresas incluidas en el catálogo.
En las cláusulas quinta y sexta del convenio se estipula que su duración se extenderá a la de los correspondientes concursos de determinación de tipo, prorrogándose automáticamente salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes y que se aplicarán los principios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.
1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas por el Ayuntamiento de Hornachuelos en su escrito de consulta, conviene realizar algunas consideraciones sobre el alcance que, en este caso concreto, ha de tener el informe solicitado a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
En primer lugar hay que tener en cuenta que el artículo 3º.1.c) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas declara excluidos de su ámbito de aplicación 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, con lo que el convenio suscrito entre la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos queda excluido de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyos principios, tal como establece el artículo 3.2 y la cláusula quinta del propio convenio, se aplicarán para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.
Por otra parte, en materia de bienes de adquisición centralizada, la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera, en su disposición final primera, apartado 1, guiones cuadragésimo séptimo y cuadragésimo octavo, que no tienen la

consideración de "básicos" el segundo párrafo de la letra g) del artículo 183 y el artículo 184 y establece en su disposición final segunda, apartado 2, que cuando en la Ley se haga referencia a órganos de la Administración General del Estado deberá entenderse hecha, en todo caso, a los correspondientes de las restantes Administraciones Públicas, organismos y entidades comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 1, con lo cual viene a establecerse la competencia de las Comunidades Autónomas para la total regulación de las adquisiciones centralizadas de bienes, sin que la legislación estatal pueda entrar en juego más que en defecto de regulación específica de dichas Comunidades Autónomas, como se desprende de la propia disposición final primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En el presente caso, al haberse regulado el régimen de adquisición centralizada de determinados bienes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Decreto 110/1992, de 16 de junio, esta aplicación supletoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede tener virtualidad alguna.

La doble circunstancia expuesta de que el convenio entre la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos esté excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de que la propia Junta haya regulado la adquisición centralizada de bienes determina la improcedencia de que esta Junta se pronuncie sobre el alcance del convenio celebrado o sobre la regulación establecida por la Junta de Andalucía, para cuya impugnación, caso de estar disconforme con la misma la Administración del Estado existen mecanismos distintos en el ordenamiento jurídico, suponiendo, por ello, el informe de esta Junta sobre estos extremos, una ingerencia en la autonomía constitucionalmente reconocida a Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Por ello debe sostenerse, como primera conclusión, que el Convenio entre la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos debe cumplirse por la adhesión voluntaria de este último conforme al principio general del Derecho "pacta sunt servanda" y por las competencias que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas reconoce a las Comunidades Autónomas para la regulación del sistema de adquisición centralizada de bienes.

2. Lo anterior no excluye que, con carácter muy general y con referencia a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puedan resolverse las cuestiones suscitadas por el Ayuntamiento de Hornachuelos.

La primera cuestión suscitada, que aunque referida a los convenios debe entenderse hecha al sistema de adquisición centralizada, consiste en determinar si este sistema permite obviar los procedimientos de selección de contratistas en cuanto estos vienen predeterminados y definidos los precios de los bienes a suministrar. La contestación afirmativa a esta cuestión debe ser matizada en el sentido de que los procedimientos de selección de contratistas no son obviados o eliminados, ya que la esencia del sistema -y así aparece recogido en el artículo 183.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- consiste en la previa e inexcusable celebración de concursos para la determinación del tipo y una vez celebrados y adjudicados los mismos se permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para las adquisiciones derivadas de los concursos para la determinación de tipo.

La contestación afirmativa y matizada que se ha dado a la primera cuestión permite resolver las otras cuestiones planteadas, la segunda por eliminación, dado que parte del supuesto de no autorizarse el procedimiento negociado para las adjudicaciones directas y la tercera porque el artículo 183.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como se ha indicado, constituye una simple precisión del doble procedimiento de adjudicación a utilizar en el sistema de adquisición centralizada de bienes, el procedimiento abierto o restringido por concurso para la determinación de tipo e inclusión de bienes y empresas en el catálogo y el procedimiento negociado para las adquisiciones directas de los bienes ya incluidos -por concurso se insiste- en el catálogo.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, prescindiendo del convenio celebrado entre la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Hornachuelos y de la regulación de la adquisición centralizada de bienes establecida por la propia Junta, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el sistema de adquisición centralizada de bienes supone, conforme a los artículo 183.g) y 184 de la misma, la previa determinación por concurso del tipo de bienes y la posterior utilización del procedimiento negociado sin publicidad para las adquisiciones concretas de los bienes y empresas previamente incluidos en el catálogo.

Informe 46/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de suministro. Conceptos generales. Consulta sobre contratos de arrendamiento con opción a compra.

ANTECEDENTES

1. Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"De acuerdo con lo previsto en los artículos 2.1 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se somete a informe de esa Junta Consultiva, la consulta que se expone a continuación:

1. Con fecha 14.03.96, el Director de Servicios Técnicos de la Armada, solicita orden de proceder del Secretario de Estado de la Defensa para el "Arrendamiento con opción a compras de los elementos necesarios para aumentar la capacidad de proceso del ordenador Comparex 9/820 del C.P.D. Central de la Armada", por un importe de 133.632.000 pts., un plazo de ejecución de cuatro años (1996-99) y un valor residual de 1.000 pts. en caso de optarse por la adquisición.

2. Con fecha 21.03.96, el Subdirector General de Contratación de este Ministerio, acuerda la devolución del citado expediente sin que se dicte la orden de proceder por considerar que dicha figura contractual se encuentra excluida de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (L.C.A.P.).

Las razones que sustenta dicha tesis, son las siguientes:

2.1. Según el artículo 172 de la L.C.A.P. se entiende por contrato de suministro "el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorporales y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicables a cada caso".

Este concepto es más restringido que el que figura en el artículo 1 de la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, ya que para dicha Directiva se entiende por contrato de suministro los que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor, por una parte, y uno de los poderes adjudicadores por otra.

2.2. Como declara la exposición de motivos de la L.C.A.P., la pertenencia de España a la Comunidad Europea ha exigido la adecuación de nuestra legislación al ordenamiento jurídico comunitario, incorporando el contenido de las Directivas vigentes en el texto de la citada L.C.A.P. y por tanto, se entiende que se incorporan de la Directiva 93/36/CEE, relativa al contrato de suministro, aquellos conceptos que son asumibles por la legislación española. La diferencia entre los conceptos señalados radica en que se excluye en la definición del artículo 172 de la L:C.A.P. el arrendamiento financiero y la venta a plazos, contratos que al figurar en la citada Directiva 93/36/CEE, y no mencionarlos expresamente en nuestra normativa positiva, su omisión se interpreta como supuestos no comprendidos en la L.C.A.P.

2.3. Se entiende que la exclusión del ámbito de aplicación de la L.C.A.P. se debe a que el contrato de arrendamiento financiero (leasing), ofrece una técnica de adquisición de bienes que se aparta de la compraventa y distinto, por supuesto, de un simple contrato de arrendamiento por consistir en un sistema de financiación mediante el cual la entidad financiera cede su uso al potencial usuario durante un cierto tiempo, a cambio del pago de un canon de arrendamiento con la inclusión de una opción de compra en favor del arrendatario al término del contrato, y por tanto, constituye una forma de crédito como operación de financiación que implica una

relación negocial por el cual una de las parte es acreedor de unos fondos dinerarios que deberán ser devueltos en base de una obligación de pago diferida.

Y en consecuencia, significa una compra a plazos no permitida por la normativa positiva al así expresarlo el artículo 14.3 de la L.C.A.P. por el que se prohíbe el pago aplazado en los contratos de las Administraciones Públicas.

2.4. Aunque el contrato de arrendamiento financiero (leasing financiero), puede considerarse como una figura especial con ciertas diferencias respecto el arrendamiento con opción a compras (leasing operativo), la diferencia esencial es la inexistencia de un intermediario financiero en esta última figura contractual, al ser el propio proveedor el que cumple esta función de forma directa, otras diferencias radican en consideraciones de riesgos distintas, la irrevocabilidad del arrendamiento financiero en el período de arrendamiento; y otras de menor índole, de modo que en su conjunto no debilita la argumentación expresada anteriormente para considerar el arrendamiento con opción a compras una figura contractual excluida de la L.C.A.P., por tratarse de una compra a plazos que conculcaría el ya citado artículo 14.3 de la L.C.A.P.

3. Con fecha 22.05.96, por escrito que se acompaña como anexo I el citado Director de Servicios técnicos, conforme a lo informado por la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada, cuyo informe se acompaña como anexo II, considera que dadas las dudas existentes sobre la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento con opción a compra por parte de la Administración, sería conveniente elevar consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

4. Respecto al citado informe de la Asesoría Jurídica, cabe señalar lo siguiente:

4.1. La legislación anterior a la vigente L.C.A.P. otorgaba el carácter de contrato administrativo especial a los contratos de arrendamiento, y se regían por su normativa especial; en su defecto por la disposiciones de la L.C.E. y finalmente por las demás normas del Derecho administrativo. En defecto de este último, se aplicaban las normas del Derecho privado.

El contrato de arrendamiento con opción a compras, tipificado como contrato de arrendamiento, no gozaba de regulación específica alguna hasta la L.C.A.P., en la que el arrendamiento se tipifica como contrato de suministro y por tanto, le es de aplicación la normativa que para estos contratos dispone la L.C.A.P.

Por ello, las interpretaciones adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación actual carecen de virtualidad frente a la interpretación a la que obliga la nueva normativa.

4.2. En otro orden, y desde un punto de vista práctico, se alude a la conveniencia de la opción a compras, debido a que el valor residual supone un desembolso de mil pesetas, por lo que de no optar a dicha compra, al término del arrendamiento, significaría la devolución de un equipo valorado en 133.632.000 pts..

Si bien es cierto que en materia informática la obsolecencia es vertiginosa, no lo es menos que el valor residual simbólico del presente contrato permite afirmar que en el canon de arrendamiento se encuentra implícito el importe del material objeto del contrato. Lo que pone de manifiesto, una vez más, que nos encontramos ante una compra a plazos en dichos supuestos.

4.3. De otra parte, la posibilidad que se apunta del pago aplazado como excepción al principio general de anualidad, en virtud del artículo 61.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, no se considera aceptable, en cuanto dicho precepto permite los contratos plurianuales, y no resultar susceptible de interpretar como pago aplazado.

5. Por lo expuesto, esta Dirección General entiende que los arrendamientos con opción a compras, en cualquiera de sus modalidades, no se encuentras regulados en la L.C.A.P., por cuanto al no mencionarlos expresamente debe entenderse excluidos, ya que el artículo 14.3 de la L.C.A.P. prohíbe el pago aplazado en los contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, y como consecuencia de

las dudas surgidas sobre la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento con opción a compras en el ámbito de las Administraciones Públicas, se somete a la consideración de esa Junta Consultiva la presente consulta."

2. Aunque se incorporan, en esencia, al escrito de consulta sus razonamientos, se acompaña al mismo, conforme expresamente se indica, fotocopia del informe de la Asesoría Jurídica de la Armada, de 17 de mayo de 1996, en cuya última parte el Asesor Jurídico considera procedente poner de manifiesto a la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa la posibilidad de solicitar a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe de que dicho órgano consultivo se pronuncie sobre el alcance de la prohibición del artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto de la posibilidad de formalizar contratos de arrendamiento con opción a compra por parte de la Administración.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se plantea en el presente expediente, sobre la que manifiestan criterios diferentes la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa -órgano consultante- y la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada -órgano que propone la formulación de la consulta- consiste en determinar si, con arreglo a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resulta posible la celebración de contratos de arrendamiento con opción de compra, en particular de bienes de carácter informático. Dados los criterios y argumentos discrepantes que se han incorporado al presente expediente la estructura del informe solicitado a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa habrá de consistir en exponer el criterio de la misma sobre la cuestión suscitada y la argumentación en que se funda, para, a continuación, analizar los argumentos que puedan conducir a conclusión contraria a la que se propugna.

2. El artículo 14.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos con las Administraciones Públicas, contiene la declaración de que "se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, salvo que una Ley lo autorice expresamente". El mantenimiento de esta prohibición, que procede de la anterior legislación de contratos del Estado, se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "por la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento y a la vez asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario" y determina que la propia Ley al definir el contrato de suministro en el artículo 172, incorporando obligatoriamente la definición de la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro no se ajuste exactamente al contenido de esta última, excluyendo las figuras del arrendamiento financiero (leasing) y del arrendamiento con opción a compra, por entender que estas figuras contractuales chocan con el principio de la prohibición de precio aplazado incorporada al transcrito artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Efectivamente el artículo 1.a) de la citada Directiva 93/36/CEE señala que a efectos de la misma se entenderá por contratos públicos de suministro los celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor, por una parte, y un poder adjudicador, por otra, mientras que el artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que a los efectos de esta Ley se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo las excepciones que menciona, carentes de interés a los efectos del presente informe.

Este examen comparativo entre el artículo 1 de la Directiva 93/36/CEE y el artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es del sumo interés para llegar a la conclusión de que, si el segundo no menciona el arrendamiento financiero, ni el arrendamiento con opción de compra, en contraposición al primero, manifiesta

claramente su finalidad de no admitir tales figuras como modalidades del arrendamiento sujetas en concepto de suministros a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no siendo difícil colegir, como se ha indicado, que la mencionada finalidad tiene su apoyo en la prohibición de precio aplazado consignada en el artículo 14.3 de la citada Ley.

En definitiva, como consecuencia de lo razonado en este apartado, debe concluirse que el arrendamiento con opción de compra, que es el supuesto consultado, al suponer el pago aplazado por la adquisición del bien que se produce por el ejercicio de la opción contradice la prohibición del artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y no puede celebrarse por la Administración, salvo que una Ley lo autorice expresamente, excepción prevista en el propio artículo 14.3.

3. Como argumento que pueden desvirtuar la conclusión anterior, en el informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada se vierten una serie de consideraciones que procede examinar y que, en síntesis, hacen referencia al régimen jurídico de los arrendamientos con opción de compra de bienes informáticos en la legislación anterior; a la posible calificación de los mismos como contratos administrativos especiales, conforme al artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y al principio de anualidad presupuestaria que obligaría a la legislación presupuestaria a contemplar la posibilidad de pago aplazado como resulta del artículo 61.2 de la Ley General Presupuestaria.

En cuanto a la anterior legislación de contratos del Estado, toda la argumentación tendente a demostrar la posibilidad de la celebración de contratos con opción de compra, incluidas la cita del informe de esta Junta de 31 de mayo de 1988 (Expediente 7/88) y la de la Orden del Ministerio de Defensa 63/88, de 1 de septiembre, por la que se aprueba el modelo tipo de pliego de cláusulas administrativas particulares para los contratos de arrendamiento con opción de compra en materia de informática, debe ceder ante la actual redacción del artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con arreglo al cual deben ser resueltas las cuestiones suscitadas y, como ha quedado indicado, por un examen comparativo con el artículo 1 de la Directiva 93/36/CEE, conduce a la conclusión de que, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya no resulta posible, cualquiera que fuera el régimen anterior, la celebración de contratos de arrendamiento con opción de compra.

Análoga conclusión debe sentarse en cuanto a la pretensión de calificar estos contratos en materia informática como contratos administrativos especiales, al amparo del artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues cualquiera que fuera el calificativo que merecieran en la legislación anterior, derivada de su regulación independiente en el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, lo cierto es que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha incluido los contratos de informática en la regulación de sus Títulos III y IV del Libro II, por lo que resulta imposible la calificación de estos contratos de informática como administrativos especiales al ser típicos contratos de suministro o de consultoría y asistencia y de servicios, regulados en la propia Ley y no, como sucedía anteriormente, en normas independientes de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado.

Por último ha de hacerse una breve referencia a la consideración de las excepciones al principio de anualidad presupuestaria como configuración de una posibilidad de precio aplazado, pues entiende esta Junta que una cosa distinta es la prohibición de precio aplazado incluida en el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que supone, como su nombre indica, que el precio del contrato se aplaza a un momento posterior a la ejecución de la prestación por el contratista, que es lo que sucede en los supuestos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra y otra bien distinta el supuesto de contratos plurianuales previstos en el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, aunque desde el punto de vista del gasto que implican, en los que las prestaciones del

contratista y los pagos correspondientes a las mismas puedan realizarse en varios años y que resultan admisibles, al amparo del citado artículo 61, con los límites y requisitos establecidos en el mismo, en función del ritmo de ejecución del contrato, conforme al artículo 14.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y de conformidad con la prohibición de su artículo 14.3 y del concepto de suministro incorporado al artículo 172, no resulta posible la celebración de contratos de arrendamiento de bienes informáticos con opción de compra, salvo que una Ley lo autorice expresamente.

Informe 45/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de suministro. Revisión de precios. Revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios..

ANTECEDENTES

Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Por diferentes órganos de contratación de este Ministerio se han formulado, a esta Dirección General, consultas sobre aplicación de la revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios.

A tenor de lo dispuesto en los arts. 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se somete a informe de esa Junta Consultiva las cuestiones siguientes, con objeto de unificar criterios en el empleo y alcance de la revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios.

1 - El art. 25.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) establece que en los contratos que no sean de obra o de suministro de fabricación, cuando sea procedente la revisión de precios, se llevará a efecto mediante la aplicación de los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sobre la aprobación, alcance y significado de "fórmulas de carácter oficial" las consultas formuladas se pueden resumir en las siguientes:

- Las fórmulas tipo requieren la aprobación del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se consulta si las fórmulas de carácter oficial requieren la aprobación de alguna Autoridad distinta del órgano de contratación o con el hecho de estar formada por índices de carácter oficial tienen la consideración de fórmula oficial; asimismo, en el caso que no sean aprobadas por el órgano de contratación, el ámbito de aplicación.

- Trámite que se debe dar, en su caso, para la aprobación.

- Las fórmulas tipo deben tener la estructura que se establece en el art. 3º del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero. Se consulta si las fórmulas oficiales deben tener alguna o sirve cualquier fórmula.

- Si a semejanza de las fórmulas tipo debe figurar el sumando fijo no superior a cero enteros quince centésimas (0,15), que dispone el art. 3º del citado Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero.

- Si los índices a emplear pueden ser cualquiera que tenga el carácter de oficial o requieren la aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, a semejanza de los de la fórmula tipo empleadas para los contratos de obras y suministro fabricación.

2 - El art. 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que la revisión de precios de los contratos tendrá lugar cuando se haya ejecutado el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación.

Para la determinación del citado 20 por 100 de ejecución del contrato, en los contemplados en el art. 173.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y cuando las necesidades de la Administración son inferiores a las previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, se han formulado consultas sobre qué importe hay que tomar de base para calcular el 20%, si es

sobre el importe límite del contrato, que figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares y ha servido de base para el cálculo de la fianza definitiva, o es sobre el importe de las peticiones de bienes realmente entregados y recepcionados.

Esta consulta tiene su mayor trascendencia en aquellos contratos de duración plurianual y en los que existe una gran desviación entre las previsiones iniciales y las entregas realizadas, pudiéndose dar el caso que nunca se alcance el 20%, con lo cual el contratista soportará un doble perjuicio: no tendrá derecho a revisión de los precios ofertados y, al haber realizado la oferta en función de las previsiones iniciales de la Administración, ofertó precios más bajos que los que hubiera realizado de haber sido menor las previsiones iniciales.

3 - El artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que entre los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación de los concursos se podrá utilizar "la fórmula de revisión".

La revisión, según establece el art. 105 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se podrá llevar a cabo mediante "los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación", y el art. 104.3 dispone que "el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable". Al hacer mención el art. 87 solamente a "las fórmulas de revisión" y no a la "fórmula o sistema de revisión", han surgido dudas sobre si se podrá utilizar como criterio de adjudicación el índice o sistema de revisión que sea distinto al concepto de fórmula."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Claramente aparecen deslindadas en el escrito de consulta las tres cuestiones básicas sobre las que se solicita informe, que deberán ser examinadas por separado, consistiendo la primera en determinar el alcance y significado de la expresión "fórmulas de carácter oficial" utilizada por el artículo 105. 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 25.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, aplicables, a la revisión de precios en contratos que no sean de obras o de suministro-fabricación; la segunda en fijar el criterio para el cómputo del 20 por 100 del importe del contrato, que el artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera exento de revisión, en los supuestos de suministros contemplados en el artículo 173. 1 de la propia Ley, y la tercera en precisar el alcance de la expresión "fórmula de revisión" que el artículo 87 de la Ley enumera como uno de los criterios objetivos que podrán utilizarse para la adjudicación de los concursos y, más concretamente, si podrá utilizarse el índice o sistema de revisión que sea distinto del concepto estricto de fórmula.

2. Para resolver la primera cuestión suscitada -la del alcance y significado de la expresión "fórmulas de carácter oficial" utilizada por el artículo 105.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 25.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la misma para su aplicación a contratos que no sean de obra o de suministro-fabricación-, se hace preciso acudir a la regulación de la revisión de precios en la anterior legislación de contratos del Estado, para determinar la finalidad de las innovaciones introducidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y comprender su significado.
Sabido es que en la anterior legislación de contratos del Estado la revisión de precios quedaba limitada a los contratos de obras y por la aplicación de las normas de éstos últimos prevista en el artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado, el pliego de bases de los contratos de suministro-fabricación podía también establecer la revisión de precios para ellos. El Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, era el que regulaba el mecanismo de la revisión de precios acudiendo al sistema de fórmulas tipo para las

diferentes clases de obra y de índices oficiales de precios, referidos a cada mes, aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto de los contratos de obras y suministro fabricación, no ha alterado el sistema de la legislación anterior como claramente queda expresado en su artículo 105.1 que después de declarar que la revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación añade que "no obstante, en los contratos de obras y en los de suministro de fabricación, el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobará fórmulas tipo según el contenido de las diferentes prestaciones comprendidas en el contrato", aclarando la disposición transitoria segunda que, hasta tanto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, se aprueben fórmulas tipo para la revisión de precios, seguirán aplicándose las aprobadas durante la vigencia de la anterior legislación. Por su parte, el artículo 106 se refiere a los índices que deben aplicarse a las fórmulas estableciendo que serán aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Una de las innovaciones más significativas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la legislación anterior, aparte de variar el significado de la revisión de precios, convirtiéndola en regla general, ha sido la extensión de la misma a los contratos de suministro y a los de consultoría y asistencia y de servicios, según resulta del artículo 104 que la excluye sólo para los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales y, en consecuencia, el artículo 105.1, como hemos indicado, incorpora la norma, aplicable a los contratos que no sean de obras y de suministro-fabricación, que tienen una regla específica, que la revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación, confirmando la prescripción del artículo 104.3 de que el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable. Para aclarar las dudas que la redacción de los artículos 105, apartados 2 y 3 y 106 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podían suscitar al referirse a fórmulas e índices de revisión sin ligarlos con carácter exclusivo a los contratos de obras y suministro-fabricación, el artículo 25 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley, trata de aclarar, en sus dos apartados, el régimen de revisión, por un lado, para los contratos de obras y suministro fabricación precisando que se llevará a cabo aplicando a las fórmulas tipo aprobadas por el Consejo de Ministros los índices mensuales de precios aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y, por otro lado, para los restantes contratos, es decir, los de suministro, consultoría y asistencia y de servicios, estableciendo que la revisión de precios se llevará a cabo mediante aplicación de los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares en el que, además, se consignará el método o sistema para la aplicación concreta de los referidos índices o fórmulas de carácter oficial.

Resulta así claro, a juicio de esta Junta, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, han venido a establecer, para los contratos que no sean de obra o de suministro fabricación, a los que se aplicará idéntico sistema que en la legislación anterior (fórmulas tipo aprobadas por el Consejo de Ministros e índices aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos) otro sistema distinto cuyas exigencias son que se base en fórmulas o índices de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con lo que se demuestra la intención del legislador de establecer un sistema más flexible que el establecido para los contratos de obras y suministro fabricación, cuya única exigencia -que se trate de fórmulas o índices de carácter oficial- deja en libertad al órgano de contratación para elegir, -entre las existentes y las que puedan existir en el futuro- la

que considere más adecuada a la naturaleza y objeto del contrato, entre ellos y como más significativo el índice de precios al consumo, excluyendo únicamente aquellos índices o fórmulas que por su carácter meramente subjetivo o por su nula difusión no merezcan el calificativo de oficiales.
Lo razonado hasta aquí permite dar respuesta a las preguntas concretas en este apartado del escrito de consulta se formulan en el sentido de que el órgano de contratación queda en libertad para determinar el índice o fórmulas de carácter oficial, sin que se exija la aprobación concreta de ningún otro órgano, que las fórmulas de carácter oficial no tienen que tener una estructura determinada ni figurar en ellas un sumando fijo no superior a cero enteros quince centésimas (0,15) a que se refiere el artículo 3º del Decreto-Ley 2/1964 y que los índices a emplear no requieren la aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

3. En cuanto al segundo extremo consultado -el de si en los casos del artículo 173.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para fijar el 20 por 100 de ejecución ha de atenderse al importe límite del contrato o al importe de bienes realmente entregados y recepcionados -hay que empezar señalando que aunque la referencia de la consulta lo es al artículo 173.1, debe centrarse exclusivamente en el apartado a), por ser los contratos mencionados en dicho apartado, que se corresponden con el concepto civil del suministro, más restringido que el concepto administrativo, los que suscitan el problema planteado, al ser caracterizados como aquéllos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se definía con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.
De las dos soluciones que se apuntan en el escrito de consulta -tomar para calcular el 20 por 100 de ejecución necesario para aplicar la revisión de precios el importe límite del contrato o el importe de bienes realmente entregados y recepcionados -solo la primera se ajusta a las prescripciones la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,sin que, por otra parte, se alcance a comprender como puede realizarse el cómputo del 20 por 100 de los bienes realmente entregados y recepcionados, ya que ello supondría, en realidad, eliminar este requisito del 20 por 100 de ejecución que exige el artículo 104.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para que proceda la revisión de precios. Por otra parte el criterio del importe total, basándolo en la capitalización del importe de la garantía definitiva, ha sido el mantenido por esta Junta en su informe de 26 de julio de 1995 (Expediente 20/95) en un supuesto muy similar al presente, a efectos de revisión de precios, cual es el de los concursos para la determinación de tipo previsto en el artículo 183 g) y 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
Por último, en este apartado, debe consignarse que las circunstancias consignadas en el escrito de consulta de perjuicios para el contratista no deben ser determinantes de la solución contraria a la propugnada, pues aparte de que el contratista adjudicatario se encontraría en este extremo en situación idéntica a la de la legislación anterior, por incumplir un requisito establecido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cierto es que estos posibles perjuicios pueden y deben ser tomados en consideración por el propio contratista, al formular su proposición económica, en la que debe prever la posible inaplicación de la cláusula de revisión de precios por no alcanzar el 20 por 100 del límite total previsto en la adjudicación del contrato.

4. En cuanto al tercer extremo consultado -si entre los criterios objetivos para la adjudicación del concurso que enumera el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede incluirse el índice o sistema de revisión y no exclusivamente la fórmula- todas las dificultades que puedan plantearse deben desaparecer si se tiene en cuenta que el citado artículo 87, aparte de la exigencia de que los criterios de adjudicación del concurso sean objetivos se limita a realizar una

enumeración ejemplificativa o no exhaustiva al encabezar esta enumeración, en la que figura la fórmula de revisión, con la expresión "tales como", por lo que debe concluirse que, por concurrir el mismo carácter de objetividad, entre los criterios de adjudicación del concurso, pueden figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la expresión "índices o fórmulas de carácter oficial" utilizada por el artículo 105.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por el artículo 25.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo no puede identificarse con las fórmulas tipo e índices aplicables a la revisión de precios en los contratos de obras y suministro fabricación y, en consecuencia, aquellos índices o fórmulas no tienen que ser aprobados por el Consejo de Ministros, ni por la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, ni ajustarse a estructuras, ni incluir sumandos determinados.

2. Que el requisito de que se haya ejecutado el 20 por 100 del importe del contrato establecido en el artículo 104.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de computarse en relación con el importe límite del contrato en los supuestos contemplados en el artículo 173 1 a) de la propia Ley.

3. Que el carácter no limitativo y simplemente ejemplificativo de la enumeración de criterios objetivos de adjudicación que contiene el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina que entre estos criterios no sólo puedan incluirse la fórmula de revisión, sino también por su carácter objetivo, los índices o sistemas de revisión.

Informe 51/97, de 2 de marzo de 1998. Conceptos generales. Naturaleza jurídica de un contrato para la construcción de un barco.

ANTECEDENTES.

Por el Director General del Instituto Social de la Marina, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Dentro de las previsiones a corto y medio plazo de este Organismo, figura la construcción de un barco sanitario, que venga a sustituir al actual buque "Esperanza del Mar", encargado de prestar apoyo sanitario y logístico a los tripulantes y embarcaciones que faenan en el banco canario-sahariano.

Como cuestión previa, en todo caso, al inicio de las oportuna actuaciones, se plantea la naturaleza y tipo del contrato a suscribir en su día con el astillero que resulte seleccionado tras el procedimiento de adjudicación que corresponda.

Al respecto, parece, en principio, indudable la naturaleza administrativa del contrato, si bien, se plantean dudas acerca de la tipología del mismo, y, consecuentemente, de la aplicación de las normas específicamente previstas para cada tipo de contrato en la normativa vigente.

Al menos desde un punto de vista contable el barco que se construya, como el actual "Esperanza del Mar", tiene la consideración de bien inmueble, susceptible incluso de ostentar una autonomía propia como Centro de gasto.

Bajo esta perspectiva, podría considerarse la construcción de un barco como un contrato de obras, toda vez que el artículo 123.2 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, conceptúa, con carácter general, como obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble.

La determinación de la clasificación que, en este supuesto, habría de ostentar el contratista, o la imposibilidad de aplicación de determinados preceptos referidos al contrato de obra (por ejemplo la disponibilidad de los terrenos), son, sin embargo, algunos condicionantes sobre cuya viabilidad resultaría preciso pronunciarse previamente, si se adopta esta interpretación.

Si tenemos en cuenta, sin embargo, la normativa que se desprende del Derecho privado (artículos 334 y 335 del Código Civil), e incluso la que parece deducirse de la definición contenida en el artículo 120 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, difícilmente podemos catalogar a un buque, que es susceptible de transportar de un punto a otro sin sufrir menoscabo, como un bien inmueble y, por lo tanto, considerar su construcción como una obra.

Ateniéndonos a este carácter del barco a construir, podría quizás entenderse el contrato que nos ocupa como de suministro, y dentro del mismo, específicamente como de fabricación, según el contenido del artículo 173.c. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Finalmente, cabe incluso la posibilidad de plantear la relación que se deriva de este contrato como una relación administrativa especial, no tipificada expresamente como contrato administrativo ordinario, y a la que resultarán aplicables las previsiones contenidas en el artículo 8 de la de Ley 13/1995.

Razonamientos que se elevan a esa Junta Consultiva, solicitando informe sobre el asunto expuesto, que se concreta en la siguiente consulta:

-¿Qué tipo de contrato resulta ser la construcción de un barco?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente, como expresamente se consigna en la pregunta que resume la consulta, es la de determinar el tipo de

contrato que el Organismo consultante debe celebrar cuando el objeto del mismo lo constituye la construcción de un barco sanitario, planteándose en el escrito de consulta la alternativa de si se trata de un contrato de obras, de un contrato de suministro fabricación o, incluso, de una relación administrativa especial no tipificada expresamente como contrato administrativo ordinario.

2. La naturaleza de bien mueble de los buques y barcos que es admitida unánime y pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia sobre la base de la declaración expresa del artículo 585 del Código de Comercio expresivo de que "para todos los efectos del derecho sobre los que no se hiciere modificación o restricción por los preceptos de este Código, seguirán los buques en condiciones de bienes muebles" determina que el contrato que tenga por objeto su construcción encaje plenamente en la definición que del contrato de suministro proporciona el artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como contrato que tiene por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles y, en este caso concreto, al no tratarse de adquisición de un barco ya construido, en la modalidad de suministro fabricación caracterizado en el artículo 173.1 c) como aquéllos contratos por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración.

El régimen jurídico de los contratos de suministro fabricación viene determinado en el artículo 176 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que a los mismos se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.

El comentario que este último precepto sugiere es el de que el legislador ha configurado el contrato de suministro fabricación, en lo relativo a su régimen jurídico, como propio contrato de suministro, si bien teniendo en cuenta sus especialidades, en cuanto en cierta manera lo acercan un contrato de obras, si bien sobre bienes muebles, permite que en el pliego de cláusulas administrativas particulares el órgano de contratación determine las normas generales y especiales del contrato de obras que resulten aplicables, sin que esta determinación pueda alcanzar a las normas relativas a su publicidad que, como indica el artículo 176 se acomodarán, es decir, se aplicarán, en todo caso, las propias del contrato de suministro y no las del contrato de obras.

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

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato para la fabricación de un barco sanitario por el Instituto Social de la Marina es un contrato de suministro fabricación, dada la naturaleza de bien mueble de su objeto, al que se aplican las normas del contrato de suministro y las generales y especiales

del contrato de obras, que el órgano de contratación determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad, de conformidad con el artículo 176 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 13/98, de 30 de junio de 1998. Formas de adjudicación. Improcedencia de emplear como criterios objetivos de valoración de las proposiciones en los concursos los medios que se especifican para valorar la solvencia de las empresas y, en concreto, la experiencia de los suministradores".

ANTECEDENTES.

Por D. José Luis Graullera Micó, en calidad de Presidente de la "Asociación de Empresas suministradoras del Ministerio de Defensa" (AESMIDE) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, después de hacer referencia a los Estatutos y Acuerdos de la Asociación y al artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de los que deriva su legitimación para formular la consulta, hace constar lo siguiente:

"Como Presidente de AESMIDE,

SOLICITO dictamen a esa Junta referido a si en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministros mediante la forma de concurso, puede figurar como criterio objetivo de valoración de la oferta aspectos relativos a la experiencia del empresario en suministros anteriores o análogos, ya sea ante el mismo órgano de contratación o ante otros distintos de éste.

La opinión que tiene AESMIDE sobre esta cuestión es la siguiente:

La experiencia específica de los suministradores es uno de los criterios que puedan tenerse en cuenta a la hora de evaluar la aptitud de aquéllos para realizar la prestación de que se trate, según el artículo 23 de la Directiva 93/36/CEE, incorporada a nuestro derecho interno y artículo 18 de la LCAP.

Los restantes criterios de selección cualitativa vienen formulados en los artículos 15 al 24 de la LCAP y 20 al 25 de la citada Directiva.

De otro lado, los criterios objetivos de adjudicación de los concursos, han sido recogidos en el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE y artículo 87 de la LCAP. Estos criterios enunciados en este último artículo de forma no exhaustiva, (precio, plazo de ejecución, fórmula de revisión, coste de calidad, mantenimiento, etc...), tienen como elemento común y objetivo, que sirven para valorar las ofertas, previa ordenación y ponderación de aquéllos, sin que tengan relación con as cualidades del licitador sino con las del suministro que se pretende prestar.

Por lo anterior, AESMIDE estima que al tratarse de dos fases distintas y regidas por normas diferentes, cabe afirmar que en ningún caos puede incluirse como criterio de adjudicación de concursos un criterio que acredite la mayor o menor capacidad técnica de los licitadores.

El informe que se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se estima muy oportuno y conveniente para que la elaboración de los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares respete los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia que presiden la contratación con las Administraciones Públicas en España y en los demás Estados de la Comunidad Europea."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se plantea en el escrito de consulta la cuestión concreta de si puede figurar, entre los criterios de adjudicación por concurso de un contrato de suministro, requisitos como el de la experiencia del suministrador, pese a figurar incluidos en la legislación española como uno de los medios que sirven para acreditar la solvencia o aptitud técnica de los contratistas.

La cuestión, como se consigna expresamente en el escrito de consulta, tiene que ser examinada desde el punto de vista de la normativa comunitaria, constituida por la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas principalmente de sus artículos 18 y 87 que, en este extremo, son fiel reflejo de preceptos comunitarios.

Por otra parte debe advertirse que las conclusiones que se obtengan para el contrato de suministro, cuestión consultada, deben extenderse sin dificultad al resto de los contratos administrativos, de un lado, porque las Directivas 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de obras y la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre contratos de servicios contienen una regulación idéntica, en este extremo, a la de la citada Directiva 93/36/CEE y, de otro lado, porque la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluye su artículo 87 sobre criterios para la adjudicación del concurso entre las disposiciones aplicables a todos los contratos regulados en ella y, aunque es cierto que la regulación de la solvencia técnica se incluye en artículos distintos para contratos de obra (artículo 17), para contratos de suministros (artículo 18) y para los restantes contratos (artículo 19), también lo es, en cuanto al requisito de la experiencia, que el mismo viene mencionado en los tres artículos citados (apartado b) del artículo 17, apartado a) del artículo 18 y apartado b) del artículo 19), por lo que la conclusión que se obtenga en la interpretación de cualquiera de ellos puede ser trasladada automáticamente a los otros dos preceptos restantes.

2. La Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, (se insiste, al igual que la Directiva 93/37/CEE y que la Directiva 92/50/CEE), en su Título IV, Capítulo II, con la rúbrica de "criterios de selección cualitativa", indica en su artículo 23 que la capacidad técnica del proveedor podrá acreditarse por uno o mas de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad y la utilización de los productos que se vayan a suministrar e incluye en su apartado a) "una relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados". Por otro lado, en el Capítulo III bajo la rúbrica de "Criterios para la adjudicación de contratos" establece en el artículo 26.1.b) que "en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio posventa y la asistencia técnica".

A la vista de los preceptos transcritos resulta evidente que la Directiva 93/36/CEE considera fases distintas y establece requisitos también distintos para la selección de proveedores y la adjudicación del contrato, mencionando para la primera fase, entre otros, el requisito de la experiencia o relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años y para la segunda fase, una serie de criterios objetivos que, aún enumerados a título ejemplificativo, nada tienen que ver con la experiencia, precisamente por venir este requisito incorporado a la primera fase de selección de contratistas.

Esta clara distinción de la Directiva comunitaria aparece reflejada en las causas de utilización del procedimiento negociado, al referirse el artículo 6 en su apartado 3.a) como un supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, apreciable en la fase de selección, a la inexistencia de licitadores en un procedimiento abierto o restringido (cuando no se presenten proposiciones o se presenten proposiciones inadecuadas) y el apartado 2 del propio artículo, como supuesto de procedimiento negociado con publicidad, que debe apreciarse en la fase de adjudicación a la existencia de licitadores también en un procedimiento abierto o restringido pero que presentan ofertas irregulares, lo que permite transformar este supuesto en procedimiento negociado sin publicidad cuando se incluyen en este último a todas las empresas que cumplieren los requisitos de capacidad y solvencia en el anterior procedimiento abierto o restringido.

Si a lo anterior se añade que resultaría un contrasentido consagrado por la Directiva el que la experiencia siempre figurase como requisito de selección en la subasta y nunca como criterio de adjudicación, que sería siempre el del precio mas bajo y que, en cambio, en el concurso podía figurar indistintamente en la fase de selección y en la fase de adjudicación, fácilmente se comprende que debe descartarse tal interpretación errónea y sostener que, tanto en la subasta como en el concurso, la experiencia es uno de los requisitos de solvencia técnica que puede exigirse al contratista y que la adjudicación ha de realizarse a la proposición de precio más bajo, en la subasta, o a la que cumpla ciertos criterios objetivos, nunca la experiencia, en el concurso.

En idéntico sentido a los criterios interpretativos que han quedado señalados se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87- "Beentjes"), en la que, aún refiriéndose a la Directiva 71/305/CEE, entonces vigente, sobre contratos de obras, se afirma que en el sistema de la Directiva la verificación de la aptitud de los empresarios y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes regidas por reglas también diferentes, declarando, en definitiva, que "el criterio de la experiencia específica para la obra a realizar es un criterio legítimo de capacidad técnica para verificar la aptitud de los empresarios".

3. La conclusión que se desprende de la interpretación de las Directivas comunitarias y que ha quedado expuesta en el apartado anterior de este informe -la de que la experiencia puede figurar como medio justificativo de la capacidad y solvencia técnica del empresario pero que no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso- ha de ser expresamente ratificada si se plantea la cuestión desde el punto de vista de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que viene a establecer, al regular los requisitos para contratar con la Administración, en el Capítulo I, Título II, del Libro I y, en concreto, en el artículo 15.1, que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, y en su artículo 18.a) relativo a contratos de suministro, que es el supuesto consultado, que la solvencia técnica se acreditará, entre otros medios, por relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fecha y destino público o privado, a la que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos y posteriormente, en el Capítulo VII (adjudicación de los contratos) del Título III, del Libro I, incluye los criterios objetivos para la adjudicación del concurso, en el artículo 87, mencionando, en enumeración ejemplificativa, idénticos criterios a los de las Directivas comunitarias, entre las que no figura el de la experiencia. Por otra parte la misma diferenciación entre las fases de verificación de aptitud de contratistas y adjudicación del contrato se refleja en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al referirse, como supuestos de utilización del procedimiento negociado, a los de falta de licitadores [artículos 141.a), 183.a) y 211.a)] y a los que, aún existiendo licitadores presentan ofertas económicas irregulares o inaceptables [artículos 140.a), 182 y 210.a)].

4. Los criterios hasta aquí expuestos, de plena aplicación al procedimiento abierto, requieren, no obstante, que se realicen determinadas matizaciones o aclaraciones en relación con los otros dos procedimientos de adjudicación -restringido y negociado- previstos en las Directivas comunitarias y en la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas.

El procedimiento restringido es caracterizado en las Directivas comunitarias como aquel procedimiento en el que únicamente pueden presentar ofertas los contratistas invitados por los poderes adjudicadores, frente al procedimiento abierto caracterizado como aquel procedimiento en el que cualquier contratista interesado puede presentar ofertas, caracterizaciones que, sin reproducir las nociones de las Directivas comunitarias, inspiran la regulación de ambos procedimientos de adjudicación en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

La característica fundamental de la regulación del procedimiento restringido, tal como la incorpora el artículo 92 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es la diferenciación de dos fases diferenciadas constituida la primera por el anuncio de la convocatoria y presentación de solicitudes de participación y la segunda por la invitación a las empresas seleccionadas, presentación de ofertas y adjudicación del contrato, debiendo establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con carácter previo al anuncio, como dice el apartado 1.a) del citado artículo 92, "los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habrá de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento".

La primera consideración que hay que retener es la de que los criterios objetivos del artículo 92.1.a) no pueden identificarse con los criterios objetivos a que se refiere el artículo 87, ya que los primeros se establecen para invitar a participar y los segundos para adjudicar el contrato por concurso, con independencia de que si el legislador hubiera tenido intención de identificar los dos supuestos le habría bastado con realizar una remisión al artículo 87 en el artículo 92.1.a).

Resulta así que de la finalidad y regulación concreta del procedimiento restringido contenida en las Directivas comunitarias y reflejada en el artículo 92 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede deducirse obstáculo alguno, para que, a través de los criterios objetivos para invitar a participar se atienda a la experiencia o cierta especialización de las empresas, ya que si la finalidad de este procedimiento, como su propio nombre indica, es restringir el acceso al mismo a determinadas empresas, pudiendo limitar su número, resulta de todo punto lógico que esta restricción pueda llevarse a cabo mediante el criterio de la experiencia o especialización de las empresas, lo que confirma el artículo 110, párrafo cuarto del Reglamento General de Contratación del Estado, redactado nuevamente por el Real Decreto 2528/1986, de 26 de noviembre, con la finalidad de adaptar la disposición reglamentaria a las Directivas entonces vigentes sobre obras y suministro y que, aún refiriéndose a la fase de admisión previa que hoy debe considerarse sustituida por el propio procedimiento restringido, viene a establecer que "los criterios objetivos precisarán suficientemente los requisitos que hayan de reunir los empresarios para su admisión previa, justificando en el expediente la procedencia de los mismos y atenderán, entre otros extremos, a factores tales como la experiencia en modernas tecnologías vinculadas al tipo de obra; la correcta programación de las obras en cuestión, según diagramas de tiempos, actividades y previsiones de costes; el plan de dispositivos e instalaciones disponibles en orden a la adecuada organización y ejecución del proceso constructivo o a otros factores análogos que permitan criterios seguros de selección", precepto que, con las necesarias adaptaciones terminológicas al contrato de suministro, sirve de apoyo a la tesis que, en cuanto al procedimiento restringido estamos manteniendo.

En cuanto al procedimiento negociado, su propia esencia como procedimiento de adjudicación sin sujeción a criterios previamente determinados y la simplicidad del procedimiento de adjudicación, permiten sostener que la experiencia puede jugar a la vez como requisito de aptitud y criterio de adjudicación, sin que exista base normativa para establecer una diferenciación, a estos efectos, entre la fase de selección del contratista y verificación de su aptitud y la fase de adjudicación del contrato, debiendo recordarse, a este respecto, que los preceptos examinados de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en que se ha fundado la interpretación mantenida en relación con el procedimiento abierto, se refieren a supuestos de existencia de una verdadera y propia licitación, es decir, a los casos de subasta y concurso y, por tanto, la conclusión de ellos derivada no puede extenderse a los procedimientos negociados en los que toda idea de licitación, por su propia esencia, debe quedar excluida.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la citada Ley.

2. Que la conclusión anterior, que se considera incuestionable en el procedimiento abierto, no tiene aplicación, por su naturaleza específica, en el procedimiento negociado y debe ser objeto de matizaciones en relación con el procedimiento restringido, dado que entre los criterios objetivos a que se refiere el artículo 92.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, diferentes de los enumerados en el artículo 87, pueden incluirse, cuando las características del contrato a adjudicar lo aconsejen, los que hagan referencia a la experiencia o especulación de la empresa.

Informe 21/98, de 30 de junio de 1998. Conceptos generales. "Calificación de un contrato cuyo objeto es la compra de semovientes".

ANTECEDENTES.

Por el Coronel encargado del despacho de la Jefatura del Servicio de Cría Caballar del Ministerio de Defensa se dirige a esta Junta Consultiva el siguiente escrito:

"El Organismo Autónomo: Fondo de Explotación de los Servicios de Cría Caballar y Remonta para cumplir una de sus principales misiones: mantenimiento y mejora de la cabaña equina tiene que realizar la compra de semovientes más idóneos.

Como consecuencia de la misma, se observa la problemática que a continuación se expone;

a) Duda por parte de este Organismo si dicha compra es o no un suministro.

b) Legislación a aplicar: Ley y Reglamento del Patrimonio del Estado o Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.

c) Cuando es de interés adquirir a un particular cuya actividad no es la propia ganadera, siendo poseedor el mismo de un semoviente útil para los fines del Servicio.

- Tipo y modelo de Contrato.

- Documentación a exigir al propietario por parte del Organismo."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el mismo es suscrito por el Coronel encargado del despacho de la Jefatura del Servicio de Cría Caballar el Ministerio de Defensa.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997 y 11 de junio de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consulta formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de organismos autónomos y entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado, Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, titulares de las Consejerías de Comunidades Autónomas y Presidentes de Entidades Locales. En consecuencia, al venir formulada la consulta por el Coronel encargado del despacho de la Jefatura de Cría Caballar, debe considerarse inadmisible dicha consulta, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo anterior.

2. No obstante lo anterior, a efectos clarificadores para supuestos similares, puede hacerse la indicación de que los semovientes, según los artículos 333 y 335 del Código Civil tienen la consideración de bienes muebles, que su adquisición por la Administración, por tanto, encaja en la definición del contrato de suministro del artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y así lo confirma el artículo 239 del Reglamento General de Contratación del Estado que debe considerarse vigente en la parte que declara que la adquisición de semovientes se regirá por las normas del contrato de suministro y que las reglas de capacidad,

adjudicación y formalización del contrato serán las propias del contrato de suministro, sin que presente especialidad alguna el que el vendedor o suministrador ejerza o no la actividad ganadera.

Informe 22/98, de 22 de junio de 1998. Fianzas y garantías. "Posibilidad de constituir la garantía definitiva de los contratos de suministro por arrendamiento de bienes muebles, mediante prenda del bien mueble que utiliza la Administración".

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación de Tarragona, con la solicitud de que se emita informe, se remite escrito de la Secretaría General redactado en los siguientes términos:

"Posibilidad de constituir la garantía definitiva de los contratos de suministro por arrendamiento de bienes muebles, mediante prenda del bien mueble que utiliza la Administración.

1.- Antecedentes:

1.1.- Dentro del contrato de suministro, se está extendiendo la modalidad del arrendamiento o alquiler de bien de equipo, especialmente en lo que se refiere a vehículos y equipos informáticos.

1.2.- Las empresas financieras que se dedican a este tipo de negocio, ofrecen dificultades o se niegan a constituir la garantía definitiva del 4% del importe del precio del alquiler de la duración del contrato, alegando que la Administración Pública, como arrendataria del bien, ya dispone de éste como garantía. Alegan que en todo caso debería ser la Administración la que afianzara el buen uso y devolución del bien arrendado, tal como hacen en algunos contratos con entidades privadas.

2.- Fundamentos de Derecho.

2.1.- Damos por supuesto que la Administración Pública no debe constituir una garantía para afianzar el buen uso y devolución de un bien arrendado.

2.2.- En la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Pública, no encontramos ningún precepto que nos dé pie a no exigir la garantía definitiva en este tipo de contratos, como tampoco la encontramos para los contratos de seguro.

2.3.- Una posibilidad, no sabemos si correcta legalmente, podría ser establecida en el pliego de Condiciones Particulares, que el bien arrendado, en poder de la Administración arrendataria, queda afectado a la garantía definitiva del contrato por y hasta el importe establecido. La ejecución de la garantía, se llevaría a cabo, si procediera, mediante el procedimiento de la vía de apremio.

3.- Consulta:

¿Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y correcta la posibilidad descrita en el párrafo anterior, o por el contrario hay que mantener la obligación de constituir la garantía definitiva por alguno de los medios previstos en el artículo 37 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el escrito de consulta a la posibilidad de sustituir, en los contratos de arrendamiento, la garantía definitiva por la prenda del bien mueble que utiliza la Administración ha de ser examinada partiendo de la interpretación de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aplicables a los contratos de arrendamientos y a las garantías definitivas en la contratación administrativa.

2. No puede cuestionarse -y en el escrito de consulta no lo es- que el arrendamiento de bienes en el que figura la Administración como arrendataria es un contrato típico de suministro, ya que el artículo 172 de una manera expresa viene a establecer que se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto el arrendamiento de

bienes en el que figura la Administración como arrendataria, en el artículo 173 b) se menciona también expresamente el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y en el artículo 175 se dedican normas específicas al arrendamiento y a sus prórrogas.

Partiendo de la consideración del arrendamiento como contrato de suministro cuando es la Administración la arrendataria de los bienes objeto del contrato, ninguna dificultad existe para determinar el régimen jurídico de las garantías definitivas a las que se refiere la consulta formulada.

Según el artículo 37 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los adjudicatarios de los contratos regulados en esta Ley, por tanto, los arrendadores de bienes, están obligados a constituir una garantía definitiva por el importe del 4 por 100 del presupuesto de aquéllos a disposición del órgano de contratación, cualquiera que haya sido el procedimiento y la forma de adjudicación, debiendo constituirse la garantía definitiva en metálico, valores, aval o seguro de caución. De esta regla general solo quedan exceptuados aquellos contratos en los que la Ley permite al órgano de contratación o excepcionalmente al Consejo de Ministros, dispensar de la constitución de garantía definitiva o directamente dispensa de dicha constitución.

Así el artículo 38 establece que el órgano de contratación podrá dispensar la garantía definitiva en los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales y el artículo 39 señala que en los contratos de gestión de servicios públicos el Consejo de Ministros queda facultado para acordar la exención de las correspondientes garantías, en casos especiales. Por su parte, el artículo 40 que es el único que se refiere a contratos de suministro, establece una serie de supuestos en la que no resulta necesaria la constitución de garantía, entre los cuales resultaría aplicable, en su caso, al supuesto consultado el consignado en el apartado b) referente a aquéllos en los que, en régimen de procedimiento negociado, el contratista entregue inmediatamente los bienes consumibles o de fácil deterioro antes del pago del precio, salvo que exista plazo de garantía.

Como resumen de este apartado puede afirmarse que en el contrato de arrendamiento de bienes de equipo, especialmente vehículos y equipos informáticos, en general en cualquier tipo de contrato de arrendamiento, el arrendador o suministrador está obligado a constituir garantía definitiva de 4 por 100 del presupuesto en metálico, valores, aval o seguro de caución y que únicamente quedará dispensado de la constitución cuando concurran los requisitos del apartado b) del artículo 40, singularmente que la adjudicación se efectúe por procedimiento negociado.

3. La conclusión del apartado anterior de la que se desprende que la prenda de los bienes arrendados no figura prevista en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como modalidad de garantía definitiva, que pueda aplicarse a los contratos de arrendamiento, eximiría de mayores razonamientos y permitiría dar por finalizado este informe.

No obstante en el escrito de consulta se hacen determinadas consideraciones, respecto de las cuales resulta conveniente el pronunciamiento de esta Junta Consultiva.

Descartado, por contradecir los más elementales principios de la contratación administrativa, el que la Administración tenga que constituir garantía a favor del contratista en los contratos administrativos, debe descartarse la afirmación, que se dice realizan las empresas financieras que se dedican al arrendamiento de bienes de equipo, de que la Administración ya dispone, como arrendataria del bien, de éste como garantía, pues con ello se está confundiendo el objeto del contrato con la garantía, debiendo observarse que de admitirse tal solución en hipótesis, resultaría extraordinariamente perjudicial para el contratista pues la garantía no quedaría constituida en el 4 por 100 del presupuesto sino en la cantidad superior del importe total del bien arrendado, ofreciendo dificultades derivadas del derecho de prenda de

limitar la prenda al 4 por 100 que parece desprenderse de las manifestaciones de las citadas empresas.

Igualmente debe descartarse la opinión de las mismas empresas de que el contratista no debe garantizar nada, pues con ello se olvida que el artículo 175.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que el arrendador o empresario asumirá durante el plazo de vigencia del contrato la obligación de mantenimiento del objeto del mismo.

En cuanto a la equiparación de cita del contrato de arrendamiento y del seguro hay que destacar que el arrendamiento como suministro es un típico contrato administrativo, mientras que, respecto al contrato de seguro en el régimen de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede sostenerse su naturaleza privada en cuanto a sus efectos y extinción, si bien sujeto, en su preparación y adjudicación a las normas de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y ello como consecuencia de la Directiva 92/50/CEE que se refiere, como todas las Directivas comunitarias a la fase de adjudicación del contrato y no a su ejecución.

Las consideraciones de este apartado confirman, por tanto, la imposibilidad de sustituir la garantía definitiva en los arrendamientos por la prenda de los bienes arrendados si no fuera suficiente la argumentación básica de la falta de previsión al respecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tal como se ha razonado en el apartado anterior de este informe.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no existe posibilidad legal de sustituir en los contratos de arrendamiento la garantía definitiva del 4 por 100 del importe del presupuesto que, según los artículos 36 y 37 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de constituirse en metálico, valores o mediante aval o seguro de caución por un derecho de prenda a favor de la Administración sobre los bienes arrendados.

Informe 38/98, de 16 de diciembre de 1998. "Modificación del plazo de concesión de un servicio público municipal".

ANTECEDENTES.

Por el Secretario del Ayuntamiento de Camargo (Santander) se remite a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de D. Eduardo López Lejandi, Alcalde accidental del Ayuntamiento, formulando consulta sobre los siguientes extremos:

- Sobre «la posibilidad de mantener el equilibrio económico y financiero con el concesionario de un servicio público municipal, ampliando el plazo de la concesión (cuando no exceda de los límites legales y no lo impidan los pliegos de condiciones que sirvieron de base a la concesión) aprobando un plazo mayor, cuando aún no ha finalizado la prórroga anterior; o, por el contrario, si el haber optado a la licitación pública por una duración de la concesión y unos plazos de prórroga, impiden esta modificación sustancial que de haber sido conocida inicialmente hubieran podido licitar otras empresas».

- Sobre «si es legalmente posible la modificación del plazo de la concesión para mantener el equilibrio económico y financiero de ésta, una vez justificado el interés público de las inversiones a realizar, qué criterios podrían utilizarse para distribuir el incremento de los costes para la empresa concesionaria, entre el número de años que debe prorrogarse la concesión y sobre la necesidad de dar traslado del expediente modificado al Tribunal de Cuentas, si lo ha sido el expediente inicial.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de intentar dar soluciones a las cuestiones planteadas en el escrito de consulta, se ha de llamar la atención sobre la falta de datos del contrato a que dicha consulta se refiere, ya que no se precisa su objeto, ni la fecha de su celebración y, sobre todo, no se han remitido a esta Junta los pliegos de cláusulas administrativas particulares (pliego de explotación en la terminología de la Ley de Contratos del Estado), ni el documento de formalización del contrato, que son elementos esenciales para dar respuesta concreta a la mayor parte de las cuestiones suscitadas. Por esta razón las conclusiones de esta Junta han de producirse también con carácter general, sin referencia a un expediente concreto, del que se desconocen datos y elementos imprescindibles para la concreción señalada.

2. La primera cuestión que se suscita es la de la posibilidad de ampliar el plazo de la concesión en la gestión de un servicio público, cuestión que debe recibir una contestación afirmativa, como la propugnada en el informe de esta Junta de 17 de julio de 1997 (Expediente 18/97) siempre que la posible prórroga y su duración estén expresamente previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues, caso contrario, podrá producirse el efecto perjudicial y discriminatorio para otros licitadores, que se apunta en el escrito de consulta, que podían haber modificado sus proposiciones de conocer la circunstancia de la posibilidad de prórroga, desconociéndola precisamente por omisión de esta referencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Dado que se ignora la fecha de adjudicación del contrato la fundamentación de la solución propugnada ha de realizarse en base a la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas y a la Ley de Contratos del Estado, lo que, no obstante, no suscitará especiales dificultades al reproducir la primera casi literalmente, en este extremo, preceptos de la segunda.

El artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, "fijándose necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto", sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años, redacción que, salvo en la duración máxima del contrato que se fija en noventa y nueve años, es prácticamente idéntica a la del artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado. Por otra parte el artículo 164, apartados 1 y 2, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproduciendo casi en términos literales el contenido del artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado, viene a establecer que la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios añadiendo que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

A la vista de los preceptos reseñados y reiterando el criterio del informe de 17 de julio de 1997 procede concluir que la prórroga o ampliación del plazo de la concesión de servicio público, sólo es posible si está prevista, así como su duración, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y deberá concederse en los términos previstos en dichos pliegos, tanto si, por la fecha del contrato, resulta aplicable la Ley de Contratos del Estado, como si lo es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de los criterios que podrían utilizarse para distribuir el incremento de los costes para la empresa concesionaria entre el número de años que debe prorrogarse la concesión- es evidente que la falta de datos de que adolece la formulación de la consulta impide dar una respuesta, ni siguiera con carácter general. En primer lugar, habría que plantearse si la ampliación de la duración de la concesión es por si sola elemento suficiente para mantener el equilibrio económico financiero de la misma y, caso negativo, realizar las oportunos estudios para determinar los criterios para restablecer el equilibrio económico financiero alterado, todo ello sin perjuicio de aludir a la revisión de tarifas que, de conformidad con lo establecido en el pliego, debe constituir uno de los principales elementos para mantener el equilibrio económico financiero de la concesión.

4. La tercera cuestión suscitada -traslado del expediente modificado al Tribunal de Cuentas- debe ser resuelta con la simple cita del artículo 58 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que después de señalar en su apartado 1 los contratos que deben remitirse al citado Tribunal, entre los que figuran los de gestión de servicio público que excedan de 75.000.000 pesetas, establece, en su apartado 2, que "igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma, las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de los contratos indicados".

Informe 45/98, de 16 de diciembre de 1998. "Pliego de bases y pliego de cláusulas administrativas particulares para concurso por procedimiento abierto de construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Costa del Sol. Tramo: Estepona-Guadiaro".

ANTECEDENTES.

1. Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento se remite, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases para el concurso por procedimiento abierto de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Costa del Sol: tramo Estepona-Guadiaro".

2. Contienen estipulaciones contrarias al pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje las cláusulas y apartados, bases y apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de bases que a continuación se reseñan:

A) Del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cláusula 3. Acciones.

«Las acciones representativas del capital social de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán en la forma prevista en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Los órganos rectores de la sociedad deberán comunicar a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en al forma que ésta determine, la titularidad inicial de las acciones.

También comunicarán a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en la forma que ésta determine, las alteraciones que se experimenten posteriormente en la titularidad de las acciones que impliquen un aumento o disminución de la participación en el capital social de la sociedad concesionaria igual o superior al 1 por 100

La cláusula 19 del pliego de cláusulas generales se entenderá modificada por lo dispuesto en al presente cláusula».

Cláusula 5. Recursos propios,

Apartado B, subapartado b)

«Se considerarán como recursos desembolsados por los accionistas, tanto el capital social desembolsado, como los préstamos subordinados y efectivamente desembolsados concedidos por los accionistas a la sociedad concesionaria. Dichos préstamos tendrán consideración de subordinados respecto al total de los recursos ajenos de la sociedad concesionaria en cuanto al orden de prelación de deudas a todos los efectos civiles y mercantiles.

La cláusula 29 del Pliego de Cláusulas Generales se interpretará de acuerdo a lo establecido en este apartado».

Apartado D.

«Una vez se produzca la puesta en servicio de la autopista objeto de la concesión, o de algunos de sus tramos, el concesionario tendrá libertad para distribuir dividendos con cargo a reservas de libre disposición o resultados del ejercicio, sin más limitaciones que la reserva legal establecida por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los porcentajes mínimos a que se refieren las letras A) y B) anteriores que, de acuerdo con el plan económico-financiero presentado, determine el Real Decreto de adjudicación. No serán por tanto de aplicación las cláusulas 54 y 55 del Pliego de cláusulas generales».

Apartado F.

« Las posibles inversiones de la Sociedad en activos que no sean objetos de reversión y que la Sociedad realice para otras actividades dentro de su objeto social permitidas por la Ley, podrán financiarse con recursos propios o ajenos, siendo requisito la presentación de contabilidades separadas para estas actividades. En este caso, no será de aplicación la cláusula 28, apartado e) del pliego de cláusulas generales».

Cláusula 6. Recursos ajenos.

Apartado B.

«En el plan económico financiero figurará de forma concreta el período de financiación máximo previsto, que no podrá exceder del período de concesión. No será de aplicación la limitación establecida en la cláusula 46 del Pliego de cláusulas generales que reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión».

Cláusula 7. Beneficios económico-financieros excepcionales

Apartado B

«No se exigirá el pago de la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal a que hace referencia la cláusula 52 del Pliego de Cláusulas Generales».

Cláusula 10. Licitaciones de obras.

Apartado A.

«El concesionario podrá optar por realizar directamente las obras de cualesquiera tramos o fracciones, según lo previsto en la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales.

A estos efectos se entenderá que se realiza la obra directamente por el concesionario cuando se encomiende a empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, o a las empresas vinculadas a ellas, tal como se define en el artículo 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso, y previamente a su contratación, el concesionario remitirá al Ministerio de Fomento un ejemplar del contrato para su aprobación. En estos casos, el concesionario deberá realizar directamente con organización y medios propios un volumen de obra cuyo presupuesto alcance, al menos el 50 por 100 del presupuesto del tramo o fracción de

que se trate. No será de aplicación por tanto la limitación del 80 por 100 que a este respecto estipula la cláusula 67 del pliego de cláusulas generales».

Cláusula 25. Extinción y liquidación de la concesión.

Apartado B.

«No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107, 108, 109 del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:

a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años que corresponda.

b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión u en función del número de años corresponda. En su caso, no se aplicará valor alguno con relación al tramo Málaga-Estepona.

c) Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada».

Apartado C

«La liquidación del importe resultante del valor patrimonial de la inversión en autopista determinado de la forma indicada se efectuará de acuerdo a las siguientes normas, no siendo, por tanto de aplicación el apartado f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales.
a) Se liquidarán en primer lugar, las obligaciones que el concesionario hubiese contraído con terceras personas, nacionales o extranjeras, atendiendo al orden de prelación de dichos créditos establecido por la legislación mercantil vigente.
b) En segundo lugar, se retendrá el importe vivo de los préstamos participativos concedidos, en su caso, por el Estado, de acuerdo con el Real Decreto de adjudicación de la concesión y que hubiese sido efectivamente desembolsado por el Estado a la fecha de resolución del contrato.
c) En tercer lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la Sociedad Concesionaria por sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 5 del presente pliego de cláusulas administrativas particulares.
d) La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones».

B) Del pliego de bases.

Base Cuarta: Extremos que han de comprender las proposiciones.

Apartado D, subapartado e).

«La revisión y modificación del plan económico-financiero, previstas en el párrafo primero de la cláusula 47 del pliego de cláusulas generales, no implicarán nunca la revisión del régimen económico financiero básico de la concesión que comprende:

(1) las tarifas y peajes aplicables.

(2) los ratios de capitalización y solvencia a que se refieren las letras c) y d) de la letra F) de esta base.

(3) el préstamo participativo concedido por el Estado.

(4) la duración de la concesión.

(5) Límites de la responsabilidad de la Administración a que se refiere la letra d) anterior.

El régimen económico-financiero básico de la concesión sólo podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en los artículo 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo».

3. A la documentación anterior se acompaña informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de 3 de noviembre de 1998, emitido, con carácter general, en relación con la tramitación del expediente y, en particular, recogiendo observaciones tanto al pliego de bases, como al pliego de cláusulas administrativas particulares, que han de regir el concurso. Asimismo se acompaña Nota justificativa de las estipulaciones de los pliegos contrarias al pliego de cláusulas administrativas generales.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Esta Junta Consultiva en su informe de 23 de diciembre de 1997 (Expediente 55/97) emitido, también a petición del Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento, en relación el pliego de bases y pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión para la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje, realizaba una serie de consideraciones y sentaba unas conclusiones que, reproducidas en su informe de 11 de noviembre de 1998 (Expediente 43/98), sin perjuicio de la remisión al contenido del citado informe de 23 de diciembre de 1997 conviene, como se hizo en el segundo informe citado, reproducir siquiera sucintamente en el presente.

En primer lugar se razonaba que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debía limitarse a las estipulaciones contrarias a los pliegos generales, en este caso, al aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, sin que deba extenderse a otros extremos competencia del informe preceptivo del Servicio Jurídico del Departamento a que se refiere el artículo 50.4 de la propia Ley.

En segundo lugar se destacaba la incidencia que en el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, habían producido disposiciones posteriores, entre ellas la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las modificaciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, cuya vigencia expresamente se sostenía, siendo estas modificaciones las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre a las que hoy hay que añadir las que introduce la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Por ello se llegaba a la conclusión de que los extremos del pliego aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o a las modificaciones de la Ley de Autopistas habían perdido su vigencia como tales cláusulas generales o, lo que es lo mismo, que los extremos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases que tratan de ajustarse a la normativa vigente, no pueden considerarse contradictorias con un pliego general y, por tanto, ni siquiera deberían ser informadas preceptivamente por la Junta Consultiva.

En tercer lugar se apuntaba la conveniencia de modificar el pliego de cláusulas administrativas generales de 25 de enero de 1973 para armonizarlo con la normativa vigente y a la conveniencia de sustituir la existencia de dos pliegos -el de bases y el de cláusulas administrativas particulares- que tiene su apoyo de la cláusula 4 del pliego de cláusulas generales, por un solo pliego con lo que se produciría un mayor ajuste a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Teniendo en cuenta lo anterior que, como decimos, se vuelve a reiterar expresamente se pasa a examinar los extremos del pliego de cláusulas administrativas y del pliego de bases de la concesión de la autopista de peaje "Costa del Sol": tramo Estepona Guadiaro en los que se puede apreciar contradicción o alteración de los dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas, generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y que, por tanto, requieren informe preceptivo de esta Junta Consultiva, debiendo significarse que las cláusulas y bases de estos pliegos que ahora se informan son prácticamente idénticos a los que fueron informados en 11 de noviembre de 1998.
- En la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que las acciones representativas del capital de las sociedades concesionarias serán nominativas y se registrarán por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta, estableciendo los supuestos de comunicación a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. En esta cláusula se contradice lo dispuesto en la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales, al desaparecer la prohibición de modificar el carácter de las acciones durante el período concesional y obligar a comunicar a la Delegación del Gobierno las alteraciones en la titularidad de las acciones que impliquen aumento o disminución de la participación en el capital social, igual o superior al 1 por 100, pero, dada la finalidad perseguida de favorecer la financiación de la sociedad concesionaria, facilitando su acceso al mercado de valores, se considera justificada esta modificación de la cláusula 19 del pliego de cláusulas generales.
- En la cláusula 5, apartados B, D y F del pliego de cláusulas administrativas particulares, se especifica el carácter de recursos propios y ajenos, se elimina la reserva especial de la cláusula 54 b y se elimina la aplicación de la cláusula 28 apartado e) en el sentido de que todas las inversiones que no formen parte del activo sujeto a reversión serán financiadas en su integridad con capital social, modificaciones de las cláusulas 29, 54 b) y 28 e) que se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de introducir flexibilidad en cuanto a la estructura de recursos propios y ajenos, eliminar la reserva especial de actualización de activos que tiene reflejo en la

necesidad de dotar un mayor fondo de reversión y posibilitar la efectividad de la ampliación del objeto social reconocida legalmente.
- En la cláusula 6 B del mismo pliego de cláusulas administrativas particulares se establece la no aplicación de la limitación establecida en la cláusula 46 del pliego de cláusulas generales en cuanto reduce el período máximo de financiación a la mitad del período de concesión, eliminación que se considera justificada por la necesidad de proporcionar flexibilidad en la financiación, teniendo en cuenta las circunstancias actuales de asunción de riesgo financiero por el concesionario, sin que exista aval del Estado.
- En la cláusula 7 C del pliego que se examina se modifica la cláusula 52 del pliego de cláusulas generales al suprimir la tasa por aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal, supresión justificada ya que de mantenerse el concesionario vería incrementada la cuantía de los préstamos y subvenciones a percibir de las Administraciones Públicas en la cuantía misma de la tasa.
- En la cláusula 10 A del pliego de cláusulas administrativas particulares se reduce al 50 por 100 el límite del 80 por 100 que la cláusula 37 del pliego de cláusulas generales establece para la ejecución propia y ésta reducción se considera justificada por la tendencia general a ampliar la participación de otras empresas en los contratos de concesión.
- En la cláusula 25, apartados B y C se modifica la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales, en sus apartados e) y f) en lo relativo a la valoración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y al sistema de deudas, modificaciones que se consideran justificadas dada la finalidad que persiguen de desincentivar el incumplimiento del concesionario y conseguir la mayor eficiencia de la garantía que, de facto, está concediendo la Administración.
- Por último, en la base cuarta del pliego de bases se introducen modificaciones en el pliego de cláusulas generales que, en cuanto tienden a homogeneizar las ofertas, dar mayor flexibilidad en la estructura financiera, exigir al licitador que facilite información que él mismo identifica como relevante y conceptúan las ayudas públicas como préstamos participativos que el Estado concede al concesionario, se consideran justificadas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que procede reiterar de nuevo los criterios del informe de 23 de diciembre de 1997, reproducidos en el informe de 11 de noviembre de 1998, referentes al pliego de cláusulas administrativas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y su relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de bases para la concesión de autopistas de peaje y, en particular, la sustitución de los dos pliegos de bases y de cláusulas administrativas particulares por un único pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. Que, sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares introduce en relación con las cláusulas 19, 28 e) 29, 37, 46, 52 y 107, apartados e) y f) del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión y las que con carácter más genérico se incluyen en la base cuarta del pliego de bases, ambos remitidos a informe de esta Junta, se consideran suficientemente justificadas por el análisis realizado en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas de este informe.

Informe 19/99, de 30 de junio de 1999. "Aplicación a los contratos menores de suministro fabricación de los límites cuantitativos fijados para el contrato menor de obras o para la utilización del procedimiento negociado".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde accidental del Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat (Barcelona) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Que a la vista de la nueva legislación en materia de contratos de las Administraciones Públicas y, en particular, por lo que se refiere al contrato de fabricación, se plantean en este Ayuntamiento importantes problemas de interpretación en relación con el artículo 177 de la ley, en especial por lo que se refiere a la cuantía máxima de los contratos menores, pues si bien este precepto la fija en 2.000.000 de pesetas para los contratos de suministro, y los de fabricación se engloban en esta categoría, en cambio el artículo 176.1 de la misma establece que a los contratos de fabricación se les pueden aplicar, cuando así se prevea en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, las normas generales y especiales del contrato de obras, salvo las relativas a su publicidad.

Dentro de estas normas, el artículo 121 prevé acudir al contrato menor cuando el presupuesto de la obra no exceda de 5.000.000 de pesetas.

El problema es que en los contratos menores no existe pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que si bien el artículo 176.1 autorizaría a aplicar el artículo 121 a los contratos de fabricación, en cambio, al no existir este documento en los contratos menores, se plantea la duda de si el órgano de contratación podría determinar su aplicación en la propia resolución.

Por ello, y entendiendo este Ayuntamiento que del espíritu de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, se desprende la idea de dar a los contratos de fabricación un régimen específico y diferente de los demás suministros, prueba de ello es que las cuantías máximas para acudir a la contratación negociada se elevan a 3.000.000 de pesetas, mientras que los de los suministros se cifran en 2.000.000 de pesetas, y teniendo en cuenta que en todos los contratos, las cuantías máximas establecidas para la contratación negociada coinciden con las establecidas para los contratos menores, es por lo que

Solicito:

Que por el órgano competente de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa se informe sobre la interpretación que, en torno a estos extremos, debe darse a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y, en particular, sobre los siguientes:

a) Si se pueden adjudicar, mediante contrato menor, los contratos de fabricación que excedan los 2.000.000 de pesetas y no sobrepasen los 5.000.000 de pesetas, estableciendo en la resolución de adjudicación la aplicación del artículo 121 de la Ley, al amparo del 176.1 de ésta.

b) Si, en defecto de lo anterior, se pueden adjudicar, mediante contrato menor, los contratos de fabricación que excedan de 2.000.000 de pesetas y no sobrepasen los 3.000.000 de pesetas».

2. El anterior escrito tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 17 de marzo de 1999, acompañado de un oficio del Jefe del Departamento de Contratación y Patrimonio del citado Ayuntamiento en el que se hace constar lo siguiente:

«Les volvemos a enviar consulta formulada por este Ayuntamiento en fecha 31 de diciembre de 1998 registro de salida 28303 y recibida en el Ministerio de Economía y Hacienda el 11 de enero de 1999, como puede comprobarse en la fotocopia del acuse de recibo que acompañamos a este escrito.

La citada consulta no ha sido contestada y reclamada telefónicamente se nos ha comunicado que se ha extraviado, por lo que se la volvemos a hacer llegar para que en la mayor brevedad posible sea atendida».

Aunque la cuestión suscitada en este último escrito carece de trascendencia a efectos del fondo de la cuestión planteada y de la emisión del informe solicitado si hay que señalar que la probable razón del extravío del escrito de consulta radica en la circunstancia de que el mismo, según consta en la fotocopia del acuse de recibo, fue remitida a la Plaza del Campillo del Mundo Nuevo, número 3, de Madrid, sede del Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda y no a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa a través de su Secretaría o de otro órgano gestor o consultivo del propio Ministerio de Economía y Hacienda.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión básica que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si pueden considerarse contratos menores de fabricación aquéllos cuya cuantía no exceda de 5.000.000 de pesetas, cifra límite que para los contratos menores de obras fija el artículo 121 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o aquéllos cuya cuantía sea inferior a 3.000.000 de pesetas, cifra límite que para la utilización del procedimiento negociado en los contratos de suministro fabricación fija el apartado i) del artículo 183 de la propia Ley. Dicha cuestión, como es lógico, tiene que ser abordada partiendo del régimen jurídico de los contratos de fabricación.

2. Ante todo hay que a partir de la idea de que el contrato de fabricación es un verdadero contrato de suministro, cuyo régimen jurídico específico aparece incorporado al Título III, Libro II, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículos 172 a 196), como se deduce inequívocamente de su artículo 173.1.c) que considera incluidos en los contratos de suministro ?los de fabricación, por lo que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, aún cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos?. Entre los artículos que integran el régimen jurídico específico de los contratos de suministro se encuentra el artículo 177 que establece que ?los contratos comprendidos en este título tendrán la consideración de contratos menores cuando su cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas, con excepción de aquéllos a los que se refiere el artículo 184".

Si se observa que el transcrito precepto no se refiere expresamente ni siquiera a los contratos de suministro, sino a los contratos comprendidos en el Título III del Libro II

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que la excepción del artículo 184 hace referencia a los bienes de adquisición centralizada y a la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares, fácilmente puede colegirse que los contratos de fabricación tendrán la consideración de contratos menores cuando su cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas, procediendo ahora examinar en concreto las dos cuestiones planteadas de si esta cifra puede ser sustituida por la de 5.000.000 que figura en el artículo 121 o por la de 3.000.000 que figura en el artículo 183 i), debiendo comenzar para mayor claridad expositiva por el examen de esta última cuestión.

3. La distinción entre la figura del contrato menor y la del procedimiento negociado sin publicidad, por razón de la cuantía, se aborda en dos informes de esta Junta de 7 de marzo de 1996 (expedientes 40/95 y 13/96) y en informes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995 y de 9 de abril de 1996 coincidentes en sus criterios.

En los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa citados se dedicaba un apartado a examinar tales diferencias con el siguiente texto:

«El siguiente apartado de este informe tiene que ser dedicado al extremo de analizar las diferencias entre contrato menor y procedimiento negociado por razón de la cuantía, pues la identificación de ambos ha producido las dificultades que se observan en la práctica y que han motivado la consulta que se formuló a la Dirección General del Servicio Jurídico y ahora se formula a esta Junta Consultiva.

Antes de entrar en el análisis de tales diferencias, por si puede ayudar a resolver los problemas planteados, hay que hacer la indicación de que, tanto la utilización del contrato menor, como la del procedimiento negociado por razón de la cuantía, son meras posibilidades que, para agilizar la contratación administrativa, se incorporan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes lo fueron a la legislación de contratos del Estado y, que aún en los supuestos de cuantías inferiores que autorizarían la celebración de un contrato menor o la utilización del procedimiento negociado, el órgano de contratación, para someter su actividad contractual a un mayor control y para favorecer en definitiva la libre concurrencia y la transparencia en la contratación pública, puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos o restringidos, es decir a licitación pública, sin necesidad de acudir para justificar tal posibilidad más que a los principios de publicidad y concurrencia, básicos de la contratación administrativa, al carácter excepcional de su no aplicación (artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y al carácter facultativo que a la utilización del procedimiento negociado atribuyen los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211 de la propia Ley.

En cuanto a la propia diferenciación entre contrato menor y procedimiento negociado la dificultad ha surgido como consecuencia de la reducción de cifras que, en relación con la contratación directa, ha operado la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que para los supuestos en que se admite el contrato menor, (contrato de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios) coinciden prácticamente con las causas de utilización del procedimiento negociado, sin que la coincidencia sea exacta, pues aparte de no darse en el suministro fabricación (2.000.000 de pesetas el contrato menor y 3.000.000 de pesetas el procedimiento negociado) la Ley cuando se refiere a contratos menores utiliza la expresión de que "su cuantía no exceda" y cuando se refiere a procedimiento negociado habla de "cuantía inferior" por lo que se produce la diferencia de una peseta.

Esta diferenciación cuantitativa serviría por si sola para diferenciar ambos supuestos aunque esta Junta considera que la diferenciación es de mayor alcance, puesto que el contrato menor es una categoría o figura contractual para la que solo se exigen determinados requisitos, mientras que el procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de contratos sujeto a las reglas generales de la Ley (garantías, pliegos, Mesa de contratación, etc...) exceptuando exclusivamente las que hacen referencia específica a otros procedimientos y formas de adjudicación, es decir a los procedimientos abiertos y restringidos y a la subasta y al concurso y, además, a la regla específica del artículo 93 de solicitud de tres ofertas, siendo posible su aplicación al procedimiento negociado y no, por lo razonado, al contrato menor.

Como en este sentido se señala en el citado informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995 la identificación absoluta entre contratos menores y procedimiento negociado por razón de la cuantía no existe en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido este efecto el legislador le habría resultado mucho más sencillo, "referirse directamente a los "contratos menores" entre los supuestos que permiten la adjudicación negociada sin publicidad", correspondiendo al órgano de contratación, ante un contrato cuya cuantía permite calificarlo como menor y, al mismo tiempo, ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad, optar por el régimen simplificado del artículo 57 o por la tramitación completa del expediente y por la adjudicación, previa constitución de la Mesa de contratación y solicitud de ofertas, mediante el procedimiento negociado sin publicidad».

Si lo anteriormente razonado, que debe ratificarse en el presente informe, conduce a la conclusión de ser diferente el contrato menor, en este caso de suministro, y la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en este mismo tipo de contrato debe descartarse que la cifra de 3.000.000 de pesetas que figura en el artículo 183, apartado i) para la utilización del procedimiento negociado pueda sustituir a la de 2.000.000 de pesetas que figura en el artículo 177 para caracterizar al contrato menor de suministro como así expresamente se declara en los informes citados, independientemente de la opinión ?de lege ferenda? que pueda mantenerse en relación con el citado artículo 177 en el sentido de que éste debió incorporar el límite de 3.000.000 de pesetas para los contratos de fabricación, pues es evidente que el legislador no ha realizado tal incorporación, ni la misma resulta procedente por vía de informe o interpretación del tan citado artículo 177 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 183 i) de la misma Ley, dado que, como ha quedado indicado, el resultado de la interpretación es opuesto a la tesis pretendida.

4. La posible aplicación a estos contratos de la cifra que figura en el artículo 121 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pretende basarse en otro fundamento, cual es el artículo 176.1 de la propia Ley, a cuyo tenor ?a los contratos de fabricación a los que se refiere el artículo 173.1 c) se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro?.

El primer comentario que el precepto transcrito sugiere es el de que la determinación de las normas generales y especiales del contrato de obras aplicables al contrato de fabricación ha de realizarse, por exigencia expresa del artículo que se examina, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que la inexistencia de tal pliego en los contratos menores supone un obstáculo insalvable para llevar a cabo tal determinación.

Por otra parte hay que señalar que el artículo 176.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, superando su dicción literal, ha de ser objeto de una interpretación ajustada a su finalidad y a los antecedentes del precepto en el sentido de que las normas generales y especiales del contrato de obras aplicables al contrato de fabricación serán solo aquéllas que lo permita la semejanza entre ambos tipos de contratos y en los que no exista una regulación específica en la regulación del contrato de suministro, como pueden ser las normas relativas a proyectos, presupuesto, mediciones, valoraciones, abono del precio etc... En cambio no serán aplicables al contrato de fabricación las normas del contrato de obras cuando en la regulación del primero exista norma específica y se trate de aspectos configuradores y determinantes de la verdadera naturaleza del contrato, como pueden ser los requisitos de solvencia técnica, la inexistencia de clasificación, el propio concepto de contrato menor, las causas de utilización del procedimiento negociado y las normas de publicidad comunitaria, extremo este último respecto del que el propio artículo 176.1 consigna la salvedad, quizá por la importancia de esta materia, a efectos del cumplimiento de las Directivas comunitarias, aunque no debe dejar de extenderse a los restantes mencionados.

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su interpretación del precedente del artículo 176.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituido por el artículo 84, segundo párrafo de la Ley de Contratos del Estado, prácticamente de idéntico contenido, ha venido sosteniendo que la finalidad del precepto era resolver cuestiones que la regulación del contrato de fabricación no abordaba y si la regulación del contrato de obras y, concretamente, la revisión de precios inexistente en la legislación anterior para los contratos de suministro y que se aplicaba a los mismos por esta vía de incorporar a los pliegos las normas del contrato de obras.

En definitiva y como resumen procede afirmar que la cifra de 5.000.000 de pesetas del artículo 121 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede aplicarse a los contratos de fabricación, porque habría de incorporarse necesariamente al pliego de cláusulas administrativas particulares inexistente en los contratos menores y, además, porque dicha aplicación sería contraria a la finalidad perseguida por el artículo 176.1 y supondría una desnaturalización del contrato de fabricación como verdadero contrato de suministro.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la figura del contrato menor de fabricación, conforme al artículo 177 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, solo es admisible cuando su cuantía no excede de 2.000.000 de pesetas, sin que esta cifra pueda ser sustituida por la de 5.000.000 que, respecto al contrato menor de obras figuran en el artículo 121, ni por la de 3.000.000 de pesetas que para la utilización del procedimiento negociado en los contratos de fabricación señala el artículo 183, apartado i).

Informe 46/99, de 21 de diciembre de 1999. "Exigibilidad a todas las empresas componentes de una unión temporal de empresas de los mismos requisitos referidos a la solvencia técnica".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la "Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas Suministradoras y Contratistas de las Administraciones Públicas" (AESPYME) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de consulta, en el que se consigna lo siguiente:

"PRIMERO. Que la Asociación a la que represento, tiene entre sus fines la defensa de los intereses de las empresas que la componen dedicadas, en su mayoría a la contratación con las diferentes Administraciones Públicas tanto Locales, Autonómicas, Nacionales y Europeas, para lo cual, entre sus fines figura el fomentar los principios de transparecencia y libre competencia (artículo 5 de los Estatutos de la Asociación).

Para el desarrollo de sus funciones y el cumplimiento de los fines de la Asociación, el Presidente de la misma es competente para solicitar informes y dictámenes compareciendo ante Organismos Públicos (artículo 27 de los Estatutos de la Asociación).

Que de conformidad con el artículo 17 del R.D. 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con lo previsto en el artículo 2.1 y 2.4, por esta Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas Suministradoras y Contratistas de las Administraciones Públicas, se solicita la emisión por esa Junta de dictamen acerca de las cuestiones que a continuación se plantean.

SEGUNDO. Se ha planteado por diferentes asociados la cuestión acerca de si ante la exigencia en un concurso de suministro de vestuario y equipos, de una determinada norma de calidad (ya sea ISO o sus equivalentes) para determinadas prendas, y ante su presentación al concurso mediante una Unión Temporal de Empresas, si todos los componentes de la misma deben poseer la norma de calidad requerida en el concurso, o si, por el contrario, se entiende cumplido el requisito de fabricación de las prendas objeto de suministro conforme a una determinada norma de calidad cuando una o varias, pero no todas, las empresas agrupadas en la Unión Temporal, poseen dicha norma de calidad, y ello en base a que al ser la Unión Temporal, en su caso, adjudicataria, será ésta la que suministre de conformidad con la norma de calidad solicitada en base a que una de las empresas componentes la posea, y ello en función de la solidaridad que prevé el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por todo lo expuesto,

SOLICITO A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, que, de conformidad con el contenido del presente escrito, emita dictamen en el que se aclare la cuestión acerca de la exigibilidad a todas las empresas componentes de una U.T.E. de estar en posesión de una determinada norma de calidad requerida pro el suministro, o si por el contrario, dicho requisito queda cumplido cuando una de las empresas componentes de la U.T.E. posee dicha calificación que garantice la calidad del suministro con referencia a determinadas normas de calidad."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo planteada, resulta necesario reiterar los criterios de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en orden al alcance y significado de sus informes, a la posibilidad de emitirlos en relación con expedientes concretos de determinados órganos de contratación y a los medios de reacción contra cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (Informes de 17 de marzo y de 30 de junio de 1999 - Expedientes 2/99 y 15/99- emitidos a petición de la misma organización empresarial que ahora formula la consulta) en el sentido de que los informes emitidos por esta Junta no son vinculantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en los casos, como el presente, en que el informe no se solicita por ningún órgano de contratación cualquiera de ellos puede apartarse de los criterios de esta Junta, sin que exista siquiera necesidad de motivar su decisión, de conformidad con el artículo 54.1.c) de la citada Ley, precisamente por la circunstancia de no ser solicitado el informe por ningún órgano de contratación y también en el sentido de que las discrepancias de los interesados con determinadas o todas las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben plantearse y ser resueltas por vía de impugnación de las correspondientes decisiones, de manera que sean los Tribunales de Justicia los que se pronuncien sobre su ajuste o no a la legislación vigente, sin que los informes de esta Junta, en general los informes jurídicos tengan otro alcance que ilustrar la decisión de los órganos de contratación en los expedientes concretos a tramitar y resolver por los mismos.
2. Con las salvedades anteriores puede entrarse en el examen de la cuestión concreta planteada consistente en determinar si en un concurso de suministro de vestuario y equipos, al que se presenta una unión temporal de empresarios es preciso que los productos de todos los integrantes de la unión posean una determinada calidad (ISO o sus equivalentes), o, por el contrario, basta que uno o varios, pero no todos los integrantes de la unión temporal, posean la norma de calidad en relación con sus productos.

3. La contestación a la cuestión planteada ha de ser distinta según el carácter que tenga la exigencia de norma de calidad en el respectivo contrato, por lo que procede examinar dos supuestos distintos.

Si el requisito de la calidad de los productos se configura como requisito de solvencia técnica de los empresarios que figura como tal en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al amparo de lo dispuesto en el artículo 18.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se refiere como uno de los medios de acreditar la solvencia técnica en contratos de suministro a las "certificaciones establecidas por los institutos o servicios oficiales u homologados encargados del control de calidad y que acrediten la conformidad de artículos bien identificados con referencia a ciertas especificaciones o normas", es indudable que tal requisito de solvencia técnica ha de darse en todos los integrantes de la unión temporal, como sucede con los requisitos de personalidad y capacidad de obrar, solvencia económica y financiera y los demás requisitos de solvencia técnica que pueden ser utilizados.

La conclusión sentada viene avalada por una doble circunstancia. De un lado, no existir en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas ningún precepto que autorice a las uniones temporales de empresarios a prescindir, respecto de cualquiera de las que integran la unión, de los requisitos de personalidad, capacidad de obrar, solvencia económica y financiera y solvencia técnica. De otro lado, por el

criterio ejemplificativo que se deduce del artículo 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto a la clasificación que, aunque no resulta exigible en los contratos de suministro, revela un criterio contrario a la posibilidad de prescindir de requisitos de solvencia técnica al preceptuar, a propósito de la clasificación de las uniones de empresarios y precisar que ésta tendrá lugar mediante la acumulación de las características de cada una de las integran la unión temporal que "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 ..... en relación con el contrato al que opten".

La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por al circunstancia, puesta de relieve en el escrito de consulta para justificar la exigencia de la solvencia técnica a uno o varios de los empresarios y no a todos, de la responsabilidad solidaria de todos los componentes de la unión temporal, pues dicha circunstancia constituye más bien un argumento en favor de la exigencia de tal requisito a todos los integrantes de la unión, pues puede darse el caso, precisamente por el juego de la solidaridad, que el obligado a ejecutar el contrato sea uno o varios de los empresarios a los que no se ha exigido el requisito de solvencia técnica consistente en la calidad de sus productos.

4. La cuestión debe ser resuelta en sentido distinto si la calidad de los productos no figura en los pliegos como medio de acreditar la solvencia técnica, pues en este caso hay que entender que tal requisito deberá figurar en el pliego de prescripciones técnicas como una exigencia, no de los empresarios, sino de sus productos y su cumplimiento o incumplimiento habrá de apreciarse en fase de ejecución del contrato, desplegando sus efectos en este estricto aspecto, no en el más amplio y previo de solvencia de los empresarios que integran una unión temporal.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, sin perjuicio de lo consignado en el apartado 1 de las Consideraciones de este informe, el requisito de solvencia técnica en los concursos para contratos de suministro, consistente en la calidad de los productos debe figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y exigirse a todos y cada uno de los empresarios integrantes de una unión temporal.

Informe 35/99, de 12 de noviembre de 1999. "Adaptación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la Directiva 93/36/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de suministro, y valoración de los términos de licitación y adjudicación de un contrato determinado".

ANTECEDENTES.

1. Por conducto de la Delegación Especial de Economía y Hacienda de Valencia tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa extenso escrito dirigido a esta última del Presidente de la Asociación Española de Laboratorios de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria FARMAFLUID, en el que refiriéndose a concursos de determinación de tipo convocados por la Consejería de Sanidad de la Generalidad de la Comunidad Autónoma de Valencia y más en concreto al concurso convocado el mes de marzo de 1999 (CP 123/99) de determinación de tipo y selección de proveedores para el suministro de productos de fluidoterapia, cuyo pliego de cláusulas administrativas en fotocopia se acompaña, realiza un detallado estudio de las Directivas comunitarias y de la legislación española, con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales y termina por solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si los citados concursos de determinación de tipo y selección de proveedores convocados por la Consejería de Sanidad de la Generalidad de la Comunidad Autónoma de Valencia para el suministro de medicamentos a los Centros de gestión de la Consejería de Sanidad y, en concreto, el concurso CP 123/99 son contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por no ser fieles al espíritu y finalidad para los que el legislador introdujo el procedimiento excepcional previsto en el apartado g) del artículo 189 (debe referirse al artículo 183) y si son contrarios a la Directiva 93/36/CEE en la que no está previsto el procedimiento negociado sin publicidad que recoge el artículo 189.g) (también debe referirse al 183.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta se desprende la concurrencia de dos circunstancias que hacen inviable el pronunciamiento de esta Junta sobre las cuestiones suscitadas.

En primer lugar debe observarse que se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la conformidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las Directivas comunitarias, en concreto a la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro, pues expresamente se dice en el escrito de consulta y en los puntos en que se centra ésta que en la Directiva 93/36/CEE no está previsto el procedimiento negociado sin publicidad que recoge el artículo 183.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Cualquiera que sea el juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sustente sobre esta opinión, que desde luego es contrario a la misma, es evidente que no corresponde a la misma, por no entrar dentro de su competencia, el juzgar si la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se ajusta o no a las Directivas comunitarias, consistiendo el cauce adecuado para lograr tal pronunciamiento el de la vía de recurso que, dado el rango de la disposición -Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- y la

materia a que afecta -ajuste o no a las Directivas comunitarias- habría de plantearse, en su caso, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En segundo lugar, como fundamental en cuanto al alcance y significado de los informes de esta Junta, a la posibilidad de emitirlos en relación con expedientes concretos de determinados órganos de contratación y a los medios de reacción contra cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, hay que insistir en los criterios sustentados por esta Junta en los informes de 17 de marzo de 1999 (Expediente 2/99) y de 30 de junio de 1999 (Expediente 15/99) en el sentido de que los informes emitidos por esta Junta no son vinculantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en los casos como el presente en que el informe no se solicita por ningún órgano de contratación -en concreto, por la Consejería de Sanidad de la Generalidad de la Comunidad Autónoma Valenciana-, cualquier órgano de contratación en supuestos futuros, puesto que la decisión en el presente caso ya ha sido adoptada en la aprobación de los pliegos y convocatoria del concurso, puede apartarse de los criterios de esta Junta, sin que exista siquiera necesidad de motivar su decisión, de conformidad con el artículo 54.1.c) de la citada Ley, precisamente por la circunstancia de no ser solicitado el informe por ningún órgano de contratación y también en el sentido de que las discrepancias de los interesados con determinadas o todas las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en este caso con los criterios de la citada Consejería de Sanidad deben ser resueltas por vía de impugnación de las correspondientes decisiones, de manera que sean los Tribunales de Justicia los que se pronuncien sobre su ajuste o no a la legislación vigente sin que los informes de esta Junta, en general los informes jurídicos, tengan otro alcance que ilustrar la decisión de los órganos de contratación en los expedientes concretos a tramitar y resolver por los mismos.

Por último los criterios de esta Junta sobre acuerdos y contratos marco y concursos para la determinación de tipo, que deben considerarse una modalidad de los anteriores, aparecen reflejados en los informes de 24 de octubre de 1995 (Expediente 36/95) y de 11 de noviembre de 1998 (Expediente 23/98) a los que necesariamente hemos de remitirnos.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no procede realizar pronunciamiento alguno en relación con las cuestiones suscitadas en el escrito del Presidente de la Asociación Española de Laboratorios de Fluidoterapia y Nutrición Parental Hospitalaria (FARMAFLUID).

Informe 55/99, de 21 de diciembre de 1999. "Adquisiciones de bienes culturales; régimen aplicable para la adquisición de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico. Aplicación del procedimiento negociado; valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español o por los órganos o servicios del museo adquirente".

ANTECEDENTES

Por el Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Cultura se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La normativa sobre la adquisición y valoración de obras de arte y bienes de carácter cultural viene determinada por lo previsto en el artículo 183, apartado j) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece en negociado sin publicidad para la adquisición de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español u Organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a Museos, Archivos o Bibliotecas.

A su vez, la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, no contiene una definición de éste, limitándose a decir que "integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, etnográfico, científico o técnico. También forma parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como, los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico".

Aunque explícitamente no lo mencione la citada Ley 16/1985, se desprende de su regulación que ese patrimonio debe ser considerado el que se encuentre en territorio español, por lo que se estaría excluyen a las obras de arte existentes en el extranjero.

Así, las adquisiciones de obras de arte fuera de España, por parte de los MUSEOS NACIONAL DEL PRADO Y DE ARTE REINA SOFÍA, en los que sus propios estatutos al regular la competencia de sus Reales Patronatos establecen "autorizar las adquisiciones de obras de arte por el Museo o, en su caso, elevar al Ministro de Cultura las propuestas de adquisición", parece que quedarían excluidas de la aplicación del artículo 183, j) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y de la propia valoración de la Junta de Calificación, sustituyéndose ésta por la que realicen los técnicos del propio órgano adquirente.

Por todo ello, se eleva consulta a esa Junta Consultiva sobre si las adquisiciones de bienes culturales en el extranjero que realicen los Organismos Autónomos pudieran realizarse por este procedimiento, manifestado en el párrafo anterior".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Para poder proceder a contestar adecuadamente a la cuestión concreta suscitada en el escrito del Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación

y Cultura y para deshacer ciertos equívocos que se reflejan en dicho escrito conviene examinar por separado, el régimen jurídico de adquisición de bienes muebles por Organismos autónomos y, a continuación, la posible utilización del procedimiento negociado sin publicidad si, anticipando una solución positiva, resultase aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El régimen jurídico de la adquisición de bienes muebles por Organismos autónomos, carácter que concurre en los Museos Nacional del Prado y del Arte Reina Sofía, es el establecido para los suministros en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de un lado, porque los Organismos autónomos quedan sujetos, según su artículo 1, plenamente a la Ley y, de otro lado, porque la adquisición de bienes muebles, en general, sin que deba hacerse restricción alguna por tratarse de obras de arte o bienes de carácter cultural, encaja en la caracterización del suministro que se incorpora al artículo 172 de la misma Ley en cuanto viene a establecer que "se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo las relativas a propiedades incorporales y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial del as Administraciones Públicas aplicable en cada caso."

Resulta así que la adquisición de obras de arte y bienes de carácter cultural se rige por los preceptos que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas dedica al contrato de suministro, siendo por tanto, inexacta la afirmación que encabeza el escrito de consulta de que la "normativa sobre adquisición y valoración de obras de arte y bienes de carácter cultural viene determinada por lo previsto en el artículo 183 apartado j) de la Ley", pues, como veremos a continuación este artículo y apartado se limita establecer un supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad para los contratos de suministro.

3. Como en el escrito de consulta se hace también alusión a que los bienes a que hace referencia se encuentran en el extranjero, y la consulta concreta se centra en estos bienes también hay que analizar la incidencia de esta circunstancia en las adquisiciones que se están examinando.

El artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece un régimen especial para los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, indicando, por lo que aquí interesa, en su apartado 1 d) que "los contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, tres ofertas al menos de empresas capaces de cumplir los mismos" y, en su apartado 4 que "las reglas contenidas en este artículo no obstan para en los contratos que se celebren y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea y cuya cuantía sea igual o superior a los límites señalados en los artículos 135, 178.2 y 804.2 deban cumplirse las normas de esta Ley referentes a la publicidad comunitaria y procedimientos y formas de adjudicación de los contratos."

Resulta, por tanto, que la circunstancia de que los bienes se encuentren en el extranjero solo influye cuando los respectivos contratos cumplan el doble requisito de celebrarse y ejecutarse en el extranjero, pudiendo utilizarse, en este caso el procedimiento negociado, siendo bastante improbable que pueda, dada la naturaleza y características de los bienes, solicitarse tres ofertas, teniendo esta regla específica su excepción en el supuesto de que contratos iguales o superiores a los umbrales comunitarios se celebren y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea, en cuyo caso se vuelve a la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la publicidad comunitaria procedimientos y formas de adjudicación.

4. Cuando se trate de contratos que, o bien no se celebren, o bien no se ejecuten en el extranjero y cuando se celebren y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Comunidad y sean de cuantía igual o superior a los umbrales de aplicación de las Directivas, en el caso de suministros el fijado en el artículo 178.2, entrarán en juego los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de carácter general y no los específicos del artículo 117 para la contratación en el extranjero, debiendo procederse a analizar la causa que permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad.

5. A juicio de esta Junta el artículo 183, j) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al establecer que en los contratos de suministro procederá la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para la "adquisición de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas que se destinen a museos, archivos o bibliotecas "resulta plenamente aplicable al supuesto de hecho que se examina pues, prescindiendo de la característica de que los bienes se encuentren en el extranjero o en territorio nacional que, como hemos señalado se considera indiferente, concurren, o pueden concurrir todos los requisitos que define el citado artículo y apartado para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad.

Desde el punto de vista subjetivo el precepto se aplica tanto a la Administración General del Estado como a sus Organismos autónomos por determinación del artículo 1 de la Ley, pues si el legislador hubiera querido restringir la aplicación del precepto a la Administración General del Estado, ésta hubiera sido citada específicamente como sucede, por ejemplo en el artículo 12.1 de la propia Ley.

Desde el punto de vista objetivo las obras de arte y bienes de carácter cultural son perfectamente encajables en la categoría de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, que, por lo que aquí interesa, considera que integran dicho Patrimonio los "objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico arqueológico, etnográfico, científico o técnico". Por otra parte el requisito de ser destinados a museos no puede cuestionarse en el presente caso ya que la adquisición se efectúa para los Museos Nacional del Prado y de Arte Reina Sofía.

Por último el requisito de la previa valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español puede ser cumplido en el presente caso, dado que entre las atribuciones atribuidas a dicha Junta por el artículo 8 del Real Decreto 111/86, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, aparte de las de valoración de bienes en determinados supuestos, figura, en su apartado g), cualquier otra función que se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria y, en este sentido, es correcto entender que la valoración de bienes a efectos de la aplicación del artículo 183 j) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene atribuida a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación por el citado artículo 183 j).

6. Es cierto también que el artículo 183, apartado c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite otro supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de suministro cuando a causa de su especificidad técnica o artística tan solo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto en cuestión a un único proveedor, cuya aplicación permitiría eximir de la previa valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de

Bienes del Patrimonio Histórico Español y atribuírsela a los órganos del Museo adquirente, que es la verdadera cuestión que se suscita en el presente expediente.

Esta Junta Consultiva, no obstante, por aplicación de los preceptos y reglas de interpretación de normas jurídicas, entiende que esta última solución debe quedar descartada, pues la aplicación de una norma más genérica -artículo 183 c)- exige la inexistencia de norma específica -artículo 183 j)- que por la precisión del supuesto que contempla y de los requisitos que establece debe prevalecer en la adquisición o suministro de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico Español.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la adquisición o suministro de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico Español por Organismos autónomos se rige por las normas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas dedicadas al contrato de suministro.

2. Que se aplicará el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando estos contratos se celebren y ejecuten en el extranjero, pudiéndose utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, al amparo del apartado 1 d), salvo que se trae de contratos de cuantía igual o superior al umbral fijado en el artículo 178.2 que se celebren y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea.

3. Que, cuando conforme a las conclusiones anteriores proceda la aplicación del régimen general del contrato de suministro, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad habrá de basarse y cumplir los requisitos del artículo 183 j) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que sea procedente la aplicación del apartado c) del mismo artículo y, por tanto, prescindir de la valoración de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

Contratos especiales.

Informe 29/99, de 30 de junio de 1999. «Calificación del contrato que tiene por objeto "obras de corta, saca y transporte de madera con destino al aserradero de los montes "Matas" y "Pinar de Valsaín" nº 1 y 2 del C.U.P. "».

ANTECEDENTES.

1. Por el Director del Organismo autónomo "Parques Nacionales" adscrito al Ministerio de Medio Ambiente se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

«Se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de informe en relación a la calificación que este Organismo ha efectuado del expediente "Obras de corta, saca y transporte de madera con destino al aserradero de los montes Mata y Pinar de Valsaín nº 1 y 2 del C.U.P". , como un contrato de obras.

En informe emitido por la Intervención Delegada en este Organismo, del que se adjunta fotocopia, se contempla la conveniencia de solicitar el mencionado informe, al no ajustarse exactamente a la definición que del objeto del contrato de obras se da en el artículo 120 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, las características de los trabajos contemplados en el expediente de referencia».

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) Informe de la Intervención Delegada en el Ministerio de Medio Ambiente, fechado el 10 de marzo de 1999, en el que se manifiesta lo siguiente:

«Examinado el expediente de referencia, se fiscaliza de conformidad en los términos previstos en el art. 95.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria y Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 9 de julio de 1.997.

No obstante, se observa que:

Teniendo en cuenta que las características de los trabajos que se proponen realizar en el expediente de referencia no se ajustan exactamente a la definición que del objeto del contrato de obras se da en el artículo 120 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sería conveniente que sobre el particular se solicitase el correspondiente informe de la Asesoría Jurídica o a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su caso.

Como la citada observación no tiene carácter suspensivo, se podrá proceder a la autorización del correspondiente gasto, así como a su contabilización».

b) Pliego de condiciones técnicas particulares para el servicio de corta, saca y transporte de madera con destino al aserradero de los Montes "Matas" y "Pinar de Valsaín" del cual, a efectos del presente informe, conviene destacar el contenido de las siguientes cláusulas:

«Cláusula 1ª.- Es objeto de este servicio y del Pliego que rige, la corta, saca y transporte de madera a realizar para la explotación forestal de la posibilidad correspondiente a 1.999 en los Montes, "Matas" y "Pinar de Valsaín", nº 1 y 2 del C.U.P. de la provincia de Segovia, de la pertenencia del Estado, en el Término municipal de San Ildefonso.

El Servicio tiene como finalidad poder realizar el aprovechamiento forestal de los montes antes citados, abasteciendo de madera al Aserradero de Valsaín, perteneciente al organismo Autónomo Parques Nacionales, de la materia prima necesaria para su producción y posterior venta como producto en rollo o madera elaborada?.

Cláusula 5ª.- El presupuesto general por contrata, base para la adjudicación de estos trabajos asciende a la cantidad de CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTAS SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTAS CINCUENTA Y NUEVE PESETAS (56.372.659 Pts.).

Cláusula 42. Tragsa acepta expresamente este Pliego de Condiciones Técnicas Particulares, firmando un ejemplar del mismo, que se une como anexo al Contrato, y se somete para cuanto no esté en él establecido, a los preceptos de la Ley 13/95 de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El presente informe ha de centrarse exclusivamente en la cuestión planteada en el escrito de consulta consistente en determinar la calificación jurídica del contrato que tiene por objeto la corta, saca y transporte de madera para la explotación forestal en el año 1999 en los Montes ?Matas? y ?Pinar? de Valsaín, números 1 y 2 del catálogo de montes de utilidad pública de la provincia de Segovia y, más en concreto, si se trata o no de un contrato de obras de los definidos y regulados en el Título I del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la solución negativa a la calificación del contrato que se examina como contrato de obras viene determinada por la circunstancia fundamental, puesta de relieve por la Intervención Delegada en el Ministerio, de que su objeto no coincide con los que enumera el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como propios del contrato de obras y que son la construcción de bienes que tengan la naturaleza de bienes inmuebles, la realización de trabajos que modifiquen la forma o substancia del terreno o del subsuelo y la reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos.

Por otra parte, aunque en el escrito de consulta del Director del Organismo consultante se afirma que el contrato ha sido calificado como contrato de obras, lo cierto es que esta calificación se contradice con el contenido del pliego, puesto que si se tratara de un contrato de obras de cuantía superior a 20.000.000 de pesetas resultaría preceptiva la exigencia de clasificación de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que esta exigencia figure en el pliego remitido.

2. La conclusión negativa sentada de no ser el contrato objeto de examen un contrato de obras tiene que ser completada con la determinación también negativa de no tratarse tampoco de contrato de gestión de servicios públicos, de suministro ni de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales por no encajar su objeto en el típico de los contratos mencionados, ni

siquiera en el de servicios, en el que quizá pudiera suscitarse alguna duda, teniendo en cuenta que le artículo 197.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define el objeto de los contratos de servicios en el que no figura, ni tiene encaje, la corta, saca y transporte de madera para el aprovechamiento forestal de montes incluidos en el catálogo de utilidad pública.

3. Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión, ahora positiva, de que el contrato sobre cuya naturaleza se solicita informe es un contrato administrativo especial, por la doble circunstancia de encajar en la definición del artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que considera contratos administrativos especiales los de objeto distinto a los contratos administrativos típicos que resulten vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, que satisfagan de forma directa o inmediata una finalidad pública o que sea declarado tal carácter por una Ley y, sobre todo, por que el artículo 7, apartado 3, del Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975, que debe considerarse vigente a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por no oponerse en este extremo a su contenido, considera contratos administrativos especiales los forestales regulados por la legislación de montes con este carácter. En este sentido hay que señalar que los artículos 37 a 40 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y los artículos 264 a 275 del Reglamento de la Ley de 22 de febrero de 1962, contienen normas sobre el régimen jurídico de los aprovechamientos forestales en montes del Estado y que el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en su artículo 75 y el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, de 13 de junio de 1986, en sus artículos 98 a 104 contienen normas sobre aprovechamiento de los bienes de los Ayuntamientos, por tanto sobre aprovechamientos forestales, por lo que con independencia de la opinión que se mantenga en cuanto a la vigencia concreta de estos preceptos a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, deben servir para argumentar su carácter de contratos administrativos especiales que resulta del artículo 5.2.b de la citada Ley y artículo 7, apartado 3, del Reglamento General de Contratación del Estado.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que tienen por objeto la corta, saca y transporte de madera en montes incluidos en el catálogo de utilidad pública no son contratos de obras, sino contratos administrativos especiales, calificación que resulta del artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 7, apartado 3, el Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975.

Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999. "Naturaleza de los contratos cuyo objeto consiste en la organización y desarrollo de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio de Educación y Cultura y, en su caso, exigencia de clasificación."

ANTECEDENTES

1. Por la Directora General de Formación Profesional y Promoción Educativa del Ministerio de Educación y Ciencia se remite a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Desde hace ya cinco años se viene produciendo la contratación de cursos de idiomas en el extranjero por parte de esta Unidad. Estos contratos se venían considerando como de servicios e incluidos en el Título IV de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Se adjunta con esta petición de informe una fotocopia de los Pliegos de Cláusulas Administrativas de uno de estos contratos.

Surge sin embargo, la duda de si realmente estos contratos tienen la naturaleza que se les ha venido otorgando tradicionalmente, es decir, si se trata de contratos de servicios. Una alternativa podría ser considerarlos de trabajos específicos y concretos no habituales, si bien éstos contratos parece que deben ser realizados por personas físicas, lo que no es el caso que nos ocupa. Parecería entonces que se tratarían de contratos de servicios, aunque hay que tener en cuenta que estos servicios no son prestados a la Administración, sino a los alumnos que son destinatarios de las ayudas convocadas por el Ministerio de Educación y Cultura.

En el caso de que fueran considerados como contratos de servicios, sería de interés que por parte de ese Órgano Consultivo se determinara, a efectos de la clasificación que pudiera exigirse en los Pliegos, la categoría en la que estarían integrados. Podría mantenerse que es la 24. del Artículo 208, de la Ley 13/1995, "Educación y formación profesional", pues esta es la prestación fundamental del contrato, aún cuando la organización de estos cursos incluye otros elementos además de los puramente lectivos, como es el alojamiento de los participantes, el transporte, excursiones y la contratación de una póliza de seguro que cubra los riesgos relacionados con las actividades que se realicen durante el curso.

Otra tercera alternativa sería considerar estos contratos como de naturaleza administrativa especial, según lo descrito en el artículo 5.2.b) de la ya mencionada Ley 13/1995, por el carácter complejo de la prestación solicitada por la Administración, que hace difícil su clasificación en ninguna de las categorías del Título IV.

Por todo ello, ruego que elabore un informe acerca de la naturaleza jurídica de estos contratos, para proceder a la preparación de los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo el denominado pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato administrativo de servicios relativo a la organización y realización para 2.000 alumnos becarios del Ministerio, de un curso de lengua inglesa en Gran Bretaña en el verano de 1999, del cual, a efectos del presente informe, interesa destacar el contenido de las siguientes cláusulas:

a) 1. Régimen jurídico.

1.1. El contrato a que se refiere el presente pliego tiene la calificación de contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5.2. a) en relación con el 197.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E. del 19).

b) 2. Objeto del contrato.

2.1. El presente contrato tiene por objeto la prestación, durante el verano de 1999, de los servicios que de forma pormenorizada se enumeran en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares respectivo y que consisten en la organización y realización de un curso de lengua inglesa para 2000 alumnos becarios del Ministerio, en el mes de agosto de 1999, en el Reino Unido de Gran Bretaña. Distribuidos en 4 lotes independientes de 500 alumnos cada uno, que podrán ser adjudicados por la Administración de forma separada o conjunta, sin rebasar el límite fijado en la cláusula 2.2. siguiente.

c) 7. Capacidad para contratar

7.4. Para celebrar el presente contrato, los licitadores deberán haber obtenido de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda la siguiente clasificación:

Grupo III, Subgrupo 8, Categoría D

o alternativamente:

Grupo III, Subgrupo 3, Categoría D

Las empresas extranjeras y las Uniones Temporales de empresas, deberán cumplir lo que específicamente se prevé en la cláusula 9.3 del presente Pliego.

d) 9. Documentación exigible

9.4. Sobre "C" Requisitos técnicos. Contendrá los siguientes documentos:

1. - Medios organizativos, técnicos, de infraestructura y personales afectados de modo permanente a la empresa.

2. - Memoria detallada del programa que se oferta con justificación del cumplimiento de lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, citando expresamente:

2.1. Las ciudades y centros donde se desarrollarán las actividades. Los centros relacionados, para los que se concretará nombre y dirección completa, así como su situación en un plano, no podrán ser modificados más que en casos de fuerza mayor libremente apreciados por el Ministerio de Educación y Cultura. Las empresas licitadoras deberán incluir como reservas dos centros por cada grupo de 500 alumnos para cubrir este tipo de contingencias.

A tal efecto, deberá incluir el compromiso por escrito de todos los Directores del Centro docentes implicados, en el sentido de la plena disponibilidad del Centro a favor de la empresa licitadora que presenta la oferta, para llevara a cabo la actividad

docente en las fechas establecidas. En Anexo número III se establece el modelo establecido al efecto.

2.2. Plan de transporte, con indicación específica de días, horarios de viaje y empresas de transporte, así como los otros medios complementarios utilizados para acceder al destino definitivo.

2.3. Informe pormenorizado sobre el contenido pedagógico de los cursos, con especial referencia a los aspectos orales y prácticos del aprendizaje del idioma inglés y material didáctico a utilizar.

2.4. Número de monitores encargados de la asistencia a los alumnos, así como un informe sobre su cualificación y experiencia.

2.5. Determinación del equipo y medios a emplear en el desarrollo del programa, con expresión de la persona responsable. Asimismo, deberá cumplimentarse la declaración que se incluye como Anexo número IV.

2.6. Enumeración y descripción de las actividades complementarias.

2.7. Declaración sobre las características de la póliza de seguros a contratar en caso de resultar adjudicatarios del concurso que, en ningún caso, podrán ser inferiores a las fijadas como mínimos por la Administración en el Pliego de Prescripciones Técnicas. A tal efecto se cumplimentará el modelo Anexo V.

2.8. Cualquier otro elemento que pueda mejorar la calidad del programa o cualquier otro documento técnico que pueda servir para ponderar la experiencia profesional de la empresa.

3. Asimismo se acompaña al escrito de consulta el denominado pliego de prescripciones técnicas que han de regir el mismo contrato en el que sus diversas cláusulas se van detallando siete apartados relativos a aspectos educativos, traslados, alojamiento y manutención, actividades complementarias, seguro, información y otros.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta se desprende que son dos las cuestiones planteadas en el presente expediente consistiendo la primera en determinar la naturaleza jurídica, es decir el tipo, del contrato relativo a la organización y realización para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura de cursos de idiomas en el extranjero y la segunda, consecuencia de la anterior, en determinar la clasificación exigible para estos contratos.

2. La determinación de la naturaleza jurídica o tipo de los contratos administrativos, como de los contratos en general, ha de realizarse partiendo de su objeto concreto y del contenido de las prestaciones de las partes y, en el presente caso, dado que la obligación principal de la Administración consiste en pagar el precio del contrato, de las prestaciones a que se obliga el contratista.

Descartando, sin necesidad de razonamiento alguno, que el tipo de contrato que se examina pueda ser un contrato de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro o de consultoría y asistencia, las posibilidades restantes, de conformidad con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han de quedar reconducidas

a determinar si el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio constituye un contrato de servicios, un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales o un contrato administrativo especial, posibilidades que, por otra parte, son las tres únicas que se manejan en el propio escrito de consulta.

3. El artículo 197.3, letra a), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define los contratos de servicios como "aquéllos en los que la realización de su objeto sea:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquiera otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma".

El dato decisivo de que los servicios o actividades que integran el contenido del contrato para el contratista no se realicen directamente para la Administración sino para los alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura determina la imposibilidad de encaje de dicho contrato en el artículo 197.3, letra a) que sería el procedente, ya que puede afirmarse que el servicio, servicios y actividades que integran el contenido del contrato no pueden ser calificados como servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga prestados a la Administración, confirmándose esta primera conclusión por el carácter heterogéneo, al que posteriormente aludiremos, de las prestaciones del contratista, que impedirían hablar, incluso de actividades de servicio o de prestaciones objeto específico de los contratos administrativos típicos.

4. Los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración se caracterizan en el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los que no estando incluidos en los dos apartados anteriores (consultoría y asistencia y servicios) "se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos".

El origen concreto de estos contratos reflejado en el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, para atender fundamentalmente a la contratación con profesionales, su configuración actual en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas declarando su carácter excepcional y con una definición residual y puramente negativa que ha permitido a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirmar que "los contratos que se refieren a actividades docentes o relacionados con la docencia constituyen uno de los supuestos, quizá el único, de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales a que se refiere el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informe de 18 de diciembre de 1996, expediente 68/96) y su proyección futura en el proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que suprime este tipo de contratos y viene a configurar las actividades docentes como objeto de contratos de consultoría y asistencia y que si bien no puede tenerse en cuenta como norma jurídica en vigor pero sí como

importante elemento interpretativo, conducen a la conclusión de que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio tampoco puede considerarse contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, debiendo añadirse, para eliminar ésta última calificación, el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista, en el sentido anteriormente reflejado para los contratos de servicios de no poder constituir el objeto específico de contratos administrativos típicos.

5. Los contratos administrativos especiales se definen en el artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los de objeto distinto a los anteriormente expresados (obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales) "pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley".

Resulta evidente, en el presente caso, que no existe ninguna Ley que declare el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idioma en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura contrato administrativo especial, pero también lo es que concurren la otras dos características que permiten tal calificación, pues el tipo de contrato que venimos examinando resulta vinculado al giro o tráfico específico del Ministerio de Educación y Cultura y satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia del citado Ministerio, por lo que no existe dificultad alguna para la calificación del contrato como administrativo especial.

Tal conclusión viene confirmada, además, por el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista que constituye su objeto. De las distintas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación del contrato resulta que el mismo supone para el contratista las obligaciones de realizar por sí o a través de empresas el transporte de los alumnos, cumpliendo la normativa vigente en materia de transportes; organizar los cursos eligiendo los Centros y estableciendo el contenido pedagógico; aportar el equipo y medios necesarios para la ejecución del contrato, contratando el personal necesario para atender a sus obligaciones, entre éste, un número determinado de monitores y uno de ellos, para cada ciudad, para la asistencia permanente bilingüe las 24 de horas del día; organizar actividades deportivas dos tardes a la semana, dos excursiones de medio día y una de día completo y desarrollar actividades culturales; atender las posibles necesidades especiales de alumnos que presenten alguna discapacidad física y sensorial, y, finalmente, suscribir una póliza de seguros con una compañía del ramo, a favor de todos los alumnos participantes, que cubra las contingencias que se detallan en la cláusula quinta del pliego de prescripciones técnicas.

Del contenido de las prestaciones que ha de realizar el contratista fácilmente se comprende que el objeto del contrato, como anticipábamos, no puede ser el específico de un contrato de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales, sino que conviene más a un contrato administrativo especial, que legalmente no tiene limitación de objeto, lo que unido a su encaje en la definición del artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite concluir que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, descartando, por el contrario, que se trate de un contrato de servicios o un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales.

6. La conclusión sentada permite resolver sin dificultad la segunda cuestión suscitada dado que en los contratos administrativos especiales no es exigible el requisito de la clasificación como se desprende de la actual redacción del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que solamente exige tal requisito para los contratos de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas de obras y de servicios, con excepción, respecto de éstos últimos, de los incluidos en las categorías 6, 21 y 26 del artículo 207 de la propia Ley. Por lo demás, la declaración expresa de que en los contratos administrativos especiales no resulta exigible clasificación se incorpora al Acuerdo de esta Junta de 17 de marzo de 1999, por el que se sientan criterios para la inclusión en subgrupos de las actividades de empresas consultoras y de servicios, hecho público por Resolución de 22 de marzo de 1999 de la Dirección General del Patrimonio del Estado insertada en el Boletín Oficial del Estado, número 84, de 8 de abril de 1999.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, sin que proceda, en consecuencia, exigencia de clasificación, aunque su cuantía sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Contratos de Consultoría y de Asistencia, de Servicios y de Trabajos Específicos y Concretos, No Habituales

Informe 12/95, de 8 de junio de 1995. Contratos de asistencia. Clasificación. Clasificación de las empresas aplicable en un contrato de asistencia. Necesidad de determinar el objeto de la prestación en el pliego que regirá el mismo.

ANTECEDENTES

1. Firmado por el Consejero de Sanidad y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias tiene entrada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

> *"Por medio de la presente, y dada las dudas que presenta la clasificación a requerir a las Empresas que licitan a la contratación de la prestación del Servicio de Cuidadores de Día del CAMP de El Lasso, ruego, que al amparo de lo establecido en el R.D. 30/1991, de 18 de Enero sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se emita informe sobre la clasificación a requerir, adjuntando a la presente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que han de regir la contratación".*

2. A dicho escrito se acompaña, pese a lo manifestado en el escrito de consulta que se refiere al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, un denominado Pliego tipo de cláusulas administrativas particulares para la contratación de asistencia mediante contratación directa, cuya cláusula 4.3 específica con objeto de la asistencia a contratar, la redacción de proyectos de obra o instalación y su posterior dirección.
Igualmente se acompaña un pliego de prescripciones técnicas, cuya cláusula 1 detalla con gran precisión el objeto del que denomina servicio de Cuidadores de Minusválidos Psíquicos Profundos a prestar, se dice, por la empresa concesionaria.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada se debe llamar la atención sobre la necesidad de elaborar un pliego de cláusulas administrativas particulares, tal como lo exigía el artículo 14 de la Ley de Contratos del Estado y ahora lo exige el artículo 50.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que el aportado responda a esta exigencia legal, dado que, aparte de tratarse de un pliego tipo que requiere su desarrollo en pliego concreto, lo cierto es que su objeto, tal como se define en la cláusula 4.3, no coincide en absoluto con el objeto del denominado pliego de prescripciones técnicas, cuyo objeto parece ser el que verdaderamente se quiere contratar.
Por otra parte la elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares está condicionada por la naturaleza del contrato a celebrar que, asimismo, condiciona la clasificación exigible, por lo que se procede a examinar ambas cuestiones, partiendo del examen del denominado pliego de prescripciones técnicas que se considera ajustado al objeto del contrato.

2. En cuanto a la cuestión de fondo suscitada -la clasificación exigible- la misma exigencia de clasificación, así como los grupos y subgrupos en que debe ser exigida, constituye cuestión que no puede separarse de la naturaleza del contrato a celebrar. Como la reseñada indeterminación de pliegos no proporciona elementos de juicio suficientes a esta Junta, debe señalarse, con carácter general que la vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, exige clasificación para los contratos de obras y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, no para los de gestión de servicios públicos y suministros, y que para la segunda categoría de contratos citada, los grupos y subgrupos son los establecidos en la Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por la Orden de 30 de enero de 1991.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que procede la elaboración de un pliego de cláusulas administrativas particulares para el contrato a celebrar, que según se configure, dará lugar o no a la exigencia de clasificación y, caso afirmativo, a la determinación del grupo y subgrupo o subgrupos aplicables.

Informe 21/95, de 26 de julio de 1995. Contratos de consultoría y asistencia y de servicios. Conceptos generales. Duración de los contratos de servicios.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, interesa conocer el criterio de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación a los siguientes extremos:

- En el artículo 197.3.c) se consideran contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

- En el artículo 199 se determina que "los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato incluidas las prórrogas pueda exceder de seis años".

En relación con lo establecido en estos artículos se pregunta si los contratos de servicios pueden tener una duración de cuatro años prorrogables a otros dos o por el contrario su duración está limitada a un año al no estar incluidos entre los enumerados en el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria.

En el supuesto de que la duración de los contratos de servicios sea sólo de un año, ¿cabe la posibilidad de prorrogarlo por dos años más, estableciéndolo así en el pliego de cláusulas administrativas particulares que haya de regir el contrato?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente, tal como se plantea en el escrito de consulta, es la de determinar si a los contratos de servicios, regulados juntamente con los de consultoría y asistencia y los de trabajos específicos y concretos no habituales en el Título IV del Libro II de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, les resulta de aplicación la regla del artículo 199.1 de dicha Ley a cuyo tenor los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años o si, por el contrario, por no estar enumerados los contratos de servicios en el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, su duración, conforme a la legislación anterior, queda limitada a un año.

La resolución de la cuestión planteada tiene que partir de la interpretación conjunta e integradora del artículo 199.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, atendiendo fundamentalmente al objetivo y finalidad de cada uno de los preceptos reseñados.

2. Una de las modificaciones mas destacadas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha introducido en relación con la legislación de contratos del Estado ha sido la de ampliar la duración de los contratos de consultoría y asistencia y de los de servicios que, según el artículo 5 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, no podrían tener un plazo de vigencia superior a un año, con determinadas excepciones puntuales y concretas, siendo la transcendencia de la modificación introducida la que ha llevado a citarla en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995,

de 18 de mayo, cuyo apartado 2.6 entre otras medidas dignas de mención incluye la "ampliación de los plazos de duración de los contratos en los de consultoría y asistencia en los de servicios y en los de trabajos específicos y concretos no habituales".

Siendo la finalidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecer el régimen jurídico de sus contratos, entre cuyos elementos figura como decisivo el plazo de vigencia o duración, y siendo tan clara la redacción del artículo 199.1 de dicha Ley, la única conclusión valida que puede sostenerse es que, a partir de su entrada en vigor, la duración de los contratos de servicios, a los que se refiere la consulta, no podrá exceder de cuatro años, a diferencia de la legislación anterior que fijaba tal plazo en un año.

3. La conclusión anterior tendría que ser mantenida aunque hipotéticamente la Ley General Presupuestaria, concretamente su artículo 61, estuviese en contradicción con el contenido del artículo 199.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo. No obstante, tal contradicción a juicio de esta Junta no puede apreciarse, porque, precisamente, el citado artículo 199.1 después de establecer negativamente que los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años, añade "con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas".

Ello implica que, para la Administración del Estado, resultarían aplicables las condiciones y límites previstos en el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, concretamente, que la ejecución del contrato se inicie en el propio ejercicio en que se autorice el gasto, con la excepción obvia de lo dispuesto en el artículo 70, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y se observen los porcentajes detallados en el apartado 3 de aquel artículo, debiendo entenderse subsanada la omisión de la cita concreta de los contratos de servicios que se observa en este artículo de la Ley General Presupuestaria, cuya finalidad no es definir el régimen jurídico de los contratos, por la regla general del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se remite a las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas no para fijar el plazo de duración de los contratos, sino únicamente las condiciones y límites de los contratos plurianuales, debiendo considerarse suficiente para entender modificado el plazo de duración de estos contratos la prescripción tajante del artículo 199.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el plazo de vigencia o duración de los contratos de servicios tiene el límite de cuatro años, a diferencia de la legislación anterior, sin que sea obstáculo a tal conclusión el que los mismos no se citen expresamente en el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, que será igualmente aplicable a los contratos de servicios en cuanto a las condiciones y límites que fija para los contratos plurianuales.

Informe 25/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de trabajos específicos y concretos, no habituales. Conceptos generales. Condición de las empresas en los contratos de trabajos específicos y concretos, no habituales, respecto de su carácter de persona física o jurídica.

ANTECEDENTES

Procedente de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Asuntos Sociales tiene entrada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito redactado en los siguientes términos:

"Al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se eleva consulta a esa Junta Consultiva sobre la siguiente,

C U E S T I Ó N

Este Ministerio va a proceder próximamente a la contratación de diversos Cursos de Formación y perfeccionamiento del personal de él dependiente así como de otras Administraciones (Comunidades Autónomas), dentro de su Programa de Acción Formativa derivada de los diversos sectores de su actividad.

Se trata de la primera acción formativa presentada al MAP sobre temas relacionados con el Sistema Público de Servicios Sociales y aprobada con carácter definitivo el pasado mes de junio.

Atendiendo a su objeto se trata de contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, definidos en el Art. 197.4 de la L.C.A.P. y, a su vez, de los comprendidos en las especialidades del Art. 201.4 que prescribe que "Las disposiciones de esta Ley no serán de aplicación a la preparación y formalización de los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales cuando éste consista en la realización de actividades docentes desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración", como es el caso.

La duda que se plantea es si lo contratos para trabajos específicos y concretos no habituales, pueden celebrarse con personas jurídicas y está en relación con lo preceptuado en los Art. 5.2 a) de la Ley que establece: "Son contratos administrativos: ... los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales"; el Art. 198.1 dónde se refiere a las empresas adjudicatarias que "deberán ser personas físicas o jurídicas" y el Art. 198.2 que establece que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, sólo podrán celebrarse con personas que reúnan los requisitos de solvencia académica, profesional, técnica o científica que, en cada caso, sean necesarios para el desarrollo del trabajo.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley este Departamento entiende que es posible concertar esta clase de trabajos con cualquier persona capaz, ya sea física o jurídica al entender que es la naturaleza de la actividad a desarrollar la que justifica la especialidad y exclusión contenida en el precitado artículo 201.4, y no la naturaleza física o jurídica del contratista.

Esta tesis se sustenta fundamentalmente en lo siguiente:

1. El artículo 198.1 de la Ley que se encuadra dentro del Capítulo I dedicado a Disposiciones Generales de los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, del Título IV a ellos dedicado, señala que las empresas adjudicatarias de los contratos -a lo que se refiere el Título, sin distinción deberán ser personas físicas o jurídicas cuya actividad tenga relación directa con el objeto del contrato sin que tal afirmación quede desvirtuada por el requisito de solvencia académica, profesional, técnica o científica a que se refiere el apartado 2 de este

artículo, pues ésta puede ser también acreditada por personas jurídicas en la forma que se establece en el artículo 19 de la propia Ley.
2. Por su parte, el artículo 26 de la Ley exime de clasificación y certificados comunitarios de clasificación, entre otros, a los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales que se adjudiquen a personas físicas (con determinados requisitos), lo que a "sensu contrario", implica que se pueden realizar este tipo de contratos con personas jurídicas.
3. Por otra parte, resulta difícil encuadrar este tipo de contratos en los otros supuestos del art. 197 apartado 2-Consultoría y asistencia- o, 197 apartado 3 -contratos de servicios-, cuando su objeto coincide plenamente con lo dispuesto en el Art. 201.4.
Por todo lo cual, se solicita de V.I. disponga lo necesario a fin de dar respuesta a la cuestión planteada, agradeciendo la máxima celeridad en orden a poder dar el trámite que proceda a los expedientes de contratación afectados".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente -como de manera expresa se hace constar en el escrito de consulta- consiste en determinar si lo contratos de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración, regulados juntamente con los de consultoría y asistencia y los de servicios en el Título IV del Libro II de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pueden serlo indistintamente con personas físicas o jurídicas o solamente con las primeramente mencionadas.
La solución a esta cuestión ha de producirse partiendo de los distintos preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando los elementos interpretativos a que hace referencia el artículo 3.1 del Código Civil, es decir, el literal, el histórico, el sistemático y, como fundamental, el elemento finalista o teleológico.

2. Desde el punto de vista literal el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas caracteriza a estos contratos como aquellos que, no estando incluidos en los apartados anteriores (de consultoría y asistencia y de servicios), se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos. En cuanto a la capacidad, el artículo 198, en su apartado 1 establece que en todos los contratos regulados en el Título IV del Libro II, las empresas adjudicatarias deberán ser "personas físicas o jurídicas", y, en su apartado 2 que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración sólo podrán celebrarse con "personas" que reúnan los requisitos de solvencia académica, profesional, técnica o científica que, en cada caso, sean necesarios para el desarrollo del trabajo.
Como por otra parte, el artículo 15.1 de la Ley, aplicable a todos los contratos, establece que podrán contratar con la Administración "las personas naturales o jurídicas" debe concluirse que ningún precepto de la Ley -ni el genérico aplicable a todos los contratos (artículo 15.1), ni el más concreto de los contratos regulados en el Título IV del Libro II (artículo 198.1), ni el específico de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales (artículo 198.2) -hace restricción a las personas físicas, sino que literalmente se refieren a "personas naturales o jurídicas" a "personas físicas o jurídicas" o simplemente a "personas", término este último que literalmente no puede quedar circunscrito sólo a personas físicas.

3. Los antecedentes normativos de la Ley conducen a idéntica conclusión, dado que, en contrate con el artículo 2 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, y con las distintas versiones del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el requisito de que estos contratos deban celebrarse exclusivamente con personas físicas desaparece del texto de la Ley, de donde debe concluirse que esta restricción,

vigente en la normativa anterior, ha dejado de estarlo con la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. La interpretación sistemática de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que abordan esta cuestión producen idéntico resultado, pues si bien es cierto que hay ciertos preceptos de la Ley que hacen referencia a contratos de trabajos específicos y concretos no habituales adjudicados a personas físicas la interpretación de los mismos no produce la consecuencia de que dichos contratos no puedan celebrarse con personas jurídicas.
En primer lugar el artículo 26.1 exceptúa de la clasificación en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los de trabajos específicos y concretos no habituales que se adjudiquen a personas físicas que, por razón de la titularidad académica de enseñanza universitaria que posean, están facultadas para la realización del objeto del contrato siempre que se encuentren inscritas en el correspondiente colegio profesional. El comentario de este precepto debe resaltar que el mismo no se refiere exclusivamente a contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, sino también a los de consultoría y asistencia y de servicios adjudicados a personas físicas, siendo esta limitación lógica dado que los requisitos de titulación y colegiación no pueden darse en las personas jurídicas, pero sin que esta exención de clasificación pueda interpretarse que los contratos que menciona el precepto -consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales- no puedan adjudicarse a personas jurídicas.
En segundo lugar, puede suscitar mayores dificultades interpretativas el contenido del artículo 5.2 a) de la Ley, al considerar contratos administrativos los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. No obstante, por los mismos criterios y elementos interpretativos que estamos manejando, debe concluirse que la cita de las personas físicas en este artículo y apartado de la Ley es un error de adecuación a lo que se dispone en los artículos 197 y 198 de la propia Ley y, sobre todo, que la conclusión que se propiciaría, caso de no admitirse la tesis del error, sería, la de que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales celebrados con personas jurídicas, no serían contratos administrativos, sino contratos privados, conclusión ilógica y como tal antijurídica, pero que en nada empece la tesis que venimos manteniendo de que estos contratos pueden celebrarse indistintamente, con personas físicas o jurídicas.

5. El elemento teleológico o finalista de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es el último elemento interpretativo en el orden expositivo, pero el más fundamental, según el artículo 3.1 del Código Civil al que resulta necesario acudir. En este sentido cabe destacar que la finalidad de esta última al suprimir el requisito de que este tipo de contratos solo se podían celebrar con personas físicas fue atender una sugerencia de la Comisión de las Comunidades Europeas que consideraba incompatible tal requisito con el contenido de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, resultando esta finalidad suficientemente aclaratoria de la posibilidad de celebrar estos contratos con personas jurídicas.

6. Una última precisión conviene realizar en el presente expediente. El carácter residual que a los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales atribuye el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas obliga, ante cada supuesto concreto, al órgano de contratación a determinar si por su objeto el contrato resulta encajable en los de consultoría y asistencia y de servicios, pues si la respuesta fuere afirmativa seria imposible acudir a la figura del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, por impedimento expreso de la declaración del artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que considera al último una figura contractual de contenido residual.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, regulados juntamente con los de consultoría y asistencia y los de servicios en el Título IV, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a partir de su entrada en vigor pueden celebrarse con personas físicas o jurídicas, a diferencia de la normativa anterior que los limitaba a las personas físicas.

2. No obstante, la celebración de estos contratos con personas jurídicas queda condicionada a que, por razón de su objeto, no resulte encajable en los contratos de consultoría y asistencia o de servicios, dado que el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye un contenido residual, respecto a los contratos últimamente citados a los de trabajos específicos y concretos no habituales.

Informe 36/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de suministro/Contratos de consultoría y asistencia y de servicios. Preparación del contrato. Aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre tramitación anticipada en contratos a ejecutarse en el siguiente servicio, cuando el contrato el contrato sea adjudicado por procedimiento negociado en los supuestos de determinados por el artículo 183.g), respecto de los contratos de suministro y por el artículo 211.f), respecto de los contratos de servicios.

ANTECEDENTES

Por la Dirección General del Patrimonio del Estado se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"El artículo 70.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introduce una novedad en el sistema de la contratación administrativa, por cuanto permite la aprobación del expediente, aunque en ese momento se carezca de crédito presupuestario, siempre que el mismo aparezca como efectivo en el ejercicio económico siguiente, a cuyo fin se establece una condición suspensiva que, previamente, ha tenido que ser recogida en el pliego de cláusulas administrativas particulares a las que se somete la contratación.

El citado artículo eleva el rango de Ley, con ligerísimos matices, el contenido de la O.M. de Economía y Hacienda de 24 de febrero de 1993 (sic), sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto. Una de las diferencias más sensibles, es que en la O.M no podía procederse a la adjudicación definitiva, según la aclaración hecha por la Intervención General de la Administración del Estado, mediante Circular de 29 de marzo de 1983 (B.O.M.E. y C. de 14 de abril), mientras que en el artículo 70.4 según la interpretación que le damos, la adjudicación es definitiva, pero sin la posibilidad de ejecución hasta la disposición efectiva y suficiente del crédito.

En una correcta aplicación del contenido de la O.M referenciada, esta Subdirección General en la tramitación de expedientes de adquisición de bienes centralizados, no admitió la tramitación anticipada, puesto que al no existir una efectiva disponibilidad crediticia, el anticipar órdenes de suministro -adjudicaciones directas en la vieja Ley de Contratos-, podría originar obligaciones en perjuicio de los intereses públicos, ya que las citadas órdenes implican una adjudicación definitiva, al trasladarse a la empresa para la cual se formalizó una petición de suministro y además adolecería del requisito esencial de existencia de crédito (artículo 11.2.g) de la L.C.A.P..

La operatividad introducida por ésta, en el artículo mencionado en el encabezamiento, podría llevarnos a que en el procedimiento negociado sin publicidad al que se refiere el artículo 183.g) de la Ley, se preveyese en el pliego de los concursos de determinación de tipo, una cláusula relativa a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente, en ejercicio económico siguiente a aquél en que se trámite la hora de petición, siempre que se trate de bienes catalogados en un concurso vigente y la orden de suministro dada por la Subdirección General exprese, con rotundidad, que la ejecutividad de la misma queda condicionada a que el organismo muestre de modo fehaciente ante la empresa, de que ya dispone de los créditos en los términos legalmente exigidos,

circunstancia que podría, ciertamente, conciliar el proceso y conformarse al ya citado requisito del artículo 11.2.g) de la Ley.

Por el contrario, podríamos estar en el caso del artículo 70.3, es decir, ante supuesto distinto al de un procedimiento negociado sin publicidad derivado de la adjudicación de los concursos de determinación de tipo, y referido a aquellos contratos que iniciados y formalizados en un ejercicio, su ejecución no puede realizarse en el mismo, sino en el siguiente, cuestión básicamente distinta al de los bienes de adquisición centralizada.

En base a los razonamientos anteriores, de esa Junta Consultiva se solicita el dictamen siguiente:

1º. ¿Pueden introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos de determinación de tipo, una relativa a la posibilidad de someter la adjudicación resultante del procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad necesaria para el suministro pedido a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio presupuestario siguiente a aquél en que se confirme la petición de bienes?.

2º. En el supuesto de respuesta afirmativa a la pregunta anterior: ¿sería suficiente con la advertencia expresa en la orden de suministro que se expida, de que la misma está sometida a condición suspensiva, que sólo se levantará mediante la presentación fehaciente por parte del organismo solicitante de que en el ejercicio económico de que se trate, ya dispone de los créditos para atender las obligaciones contractuales emanadas de la orden que se encuentra en suspenso?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como resulta del escrito en el que se formula la consulta son dos las cuestiones suscitadas en el presente expediente, figurando la primera como condicionante del examen de la segunda, que quedaría automáticamente eliminada con una respuesta negativa respecto de la primera, lo que obliga a centrarse en la cuestión de si puede introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos de determinación de tipo la posibilidad de someter la adjudicación resultante del procedimiento negociado a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio presupuestario siguiente a aquél en que se confirme la petición de bienes.

2. La posibilidad enunciada la recoge el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que "cuando el contrato se formalice en ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente".

Las dificultades de aplicación de este artículo a los concursos de determinación de tipo, a los que únicamente hacen referencia los artículos 183.g) y 211.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para contratos de suministros y servicios, respectivamente, derivan de la especial naturaleza de estos contratos desdoblados en dos contratos distintos con diferente procedimiento de adjudicación: el propio concurso de determinación de tipo que constituye contrato previo e independiente, y las adjudicaciones de bienes y servicios concretos, que se realizan por procedimiento negociado, según resulta con toda claridad de los citados preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Esta dualidad de figuras contractuales determina la inaplicación, a cada una de ellas por separado, de la prevención contenida en el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En cuanto al concurso para la determinación de tipo, la no exigencia de crédito concreto para su celebración, determina la imposibilidad de aplicación de tal prevención. En cuanto a las adjudicaciones concretas de bienes y servicios por procedimiento negociado, la inexistencia de pliego en estos casos y el

carácter automático de la adjudicación, al excluirse, incluso, la negociación característica del procedimiento negociado, determinan que resulte imposible hacer constar en el pliego -inexistente- el sometimiento de la adjudicación a la condición suspensiva de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

3. La consideración anterior ha sido indudablemente tenida en cuenta en la formulación de la consulta y, por ello, en la misma, se prescinde de la consideración aislada del concurso de determinación de tipo y de las adjudicaciones concretas, por procedimiento negociado, de bienes y servicios derivados del concurso previo y, enlazando ambas figuras contractuales, la consulta se plantea en el sentido de determinar la posibilidad de que sea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso en el que se sometan a condición suspensiva las adjudicaciones concretas que posteriormente se realicen.
La respuesta negativa a la cuestión planteada en estos términos se impone como consecuencia de que la finalidad a que responde el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas carece de sentido aplicándolo a los concursos de determinación de tipo y de que, además, con su aplicación concreta, pudiera ser eludido algún otro precepto prohibitivo de la Ley.
La finalidad del artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la de su precedente constituido por el artículo 20 de la Ley de Contratos del Estado y Orden de 24 de febrero de 1983 no es otra que la de acelerar la tramitación de los expediente de contratación, finalidad que queda perfectamente cumplida con la simple existencia de dos contratos distintos e independientes en los concursos de determinación de tipo, sin que resulte necesario someter a condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente las adjudicaciones por procedimiento negociado de bienes y servicios teniendo en cuenta que la simplicidad del procedimiento en este caso priva de toda utilidad a la prevención del artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al poder ser prácticamente simultáneas la adjudicación por procedimiento negociado y la ejecución del contrato.
Si a ello se añade la consideración de la posible duración plurianual de estos contratos y que dicha circunstancia se ha facilitado notablemente con la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al admitir la revisión de precios en los mismos, antes inexistente en la legislación de contratos del Estado, lógico es concluir con la improcedencia de aplicar el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los concursos para la determinación de tipo, en la modalidad señalada en el escrito de consulta (prevención en los pliegos del concurso de que las adjudicaciones concretas por procedimiento negociado derivadas del concurso), con lo que, además, se evita que, en determinados casos, esta aplicación pueda suponer la infracción de la prohibición de pago del precio aplazado que consagra el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el artículo 70.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta aplicable a los concursos de determinación de tipo a que se refieren los artículos 183.g) y 211.f) de la propia Ley, ni siquiera en los términos en que se formula la consulta de hacer figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso la prevención de que las adjudicaciones concretas de bienes y servicios por procedimiento negociado quedan sujetas a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente, ya que la finalidad perseguida por el citado artículo 70.4 queda cumplida con la propia existencia de contratos independientes en los concursos de determinación de tipo.

Informe 38/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de consultoría y asistencia y de servicios/Contratos de trabajos específicos y concretos, no habituales. Conceptos generales. Naturaleza jurídica de los contratos que se celebren con facultativos para la redacción de proyectos y direcciones de obra..

ANTECEDENTES

Por el Interventor General de la Administración del Estado se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), se ha planteado consulta a este Centro fiscal acerca de cómo han de considerarse a la luz de la nueva Ley los contratos que se celebren con facultativos para la redacción de proyectos y dirección de obras.

A tales efectos la Intervención Delegada que ha formulado la consulta, expone lo siguiente:

- Estos contratos, suscritos con personas físicas, se venían tramitando al amparo del Real Decreto 1465/1985, de trabajos específicos y concretos, no habituales.

- La Ley 13/199 recoge en su Título IV lo que anteriormente se regulaba en el Real Decreto 1465/1985, sobre trabajos específicos y concretos, no habituales, y en el Decreto 1005/1974 sobre el contrato de asistencia, distinguiendo las siguientes figuras contractuales:

El contrato de consultoría y asistencia, que era el que figuraba en las dos primeras letras del artículo 3 del Decreto 1005/1974.

El contrato de servicios, cuyo objeto eral que el figuraba en la letra c) del artículo anteriormente citado (otros servicios complementarios).

El contrato para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, que estaba regulado en el Real Decreto 1465/1985.

- A la vista de ello, se cuestiona si los contratos que se suscriban con personas físicas (Arquitectos, Arquitectos Técnicos, Ingenieros, etc.) para la redacción y/o dirección de proyectos de obras han de considerarse como contratos de consultoría y asistencia o como contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. En el caso de que se opte por esta segunda posibilidad, la consecuencia sería que no cabría tramitar como "contratos menores" aquéllos cuyo importe sea inferior a 2.000.000 de pesetas.

Efectivamente, a juicio de esta Intervención General, la consulta de referencia pone de manifiesto una doble problemática:

I.- Por un lado, plantea el interrogante de si los contratos que se celebren con personas físicas para la redacción de proyectos y dirección de obras son contratos de consultoría y asistencia o de trabajos específicos; e incluso, si se podrían calificar como de servicios, si bien, en este caso, no conllevaría un régimen jurídico distinto del correspondiente al contrato de consultoría y asistencia.

II.- Por otro lado, suscita la cuestión de si los contratos de trabajos específicos se han de celebrar con personas físicas únicamente o también con personas jurídicas y, por ende, si aquéllas han de ser necesariamente empresarios o no.

Sobre dichas cuestiones no resulta fácil la aplicación directa de la Ley 13/1995, ya que, a lo largo de su articulado, presenta una serie de discordancias que dificultan la comprensión de cuáles han de ser las variaciones efectuadas en el régimen jurídico de estos contratos con respecto a la regulación anterior.

I

Acerca de la calificación jurídica de los contratos en cuestión, se advierte, en primer lugar, que, por una parte, parecen estar incluidos dentro del ámbito objetivo de los contratos de consultoría y asistencia, que, según el apartado a) del artículo 197.2 de la LCAP, son aquellos que tienen por objeto "estudiar y elaborar.... anteproyectos, proyectos de carácter técnico..., así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras...", o, según establece el apartado b) del mismo artículo, el "estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones..."

En esta misma dirección apuntan asimismo el artículo 198.3 ("En los contratos de consultoría y asistencia que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones") y el artículo 217.1 ("Cuando el contrato de consultoría y asistencia consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obra...") de la LCAP que vienen a calificar a los contratos de dirección y elaboración de proyectos de obras, respectivamente, como contratos de consultoría y asistencia.

No obstante, dicha interpretación está dificultada por la circunstancia de que el objeto, tanto de los contratos de servicios como los contratos para la realización de trabajos específicos, está prefigurado en los apartados 3 y 4 del artículo 197.2 de la LCAP con carácter sucesivamente residual con respecto al contrato de consultoría de asistencia. Así, los contratos de servicios se definen como aquellos en que la realización de su objeto sea "de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro".

Por su parte, el apartado 4 previene que los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales son "los que,no estando incluidos en los dos apartados anteriores, se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos".

En consecuencia, se advierte que la calificación jurídica de los contratos a que se refiere la presente consulta, así como la de cualquier contrato perteneciente a los regulados en el Título IV de la LCAP, acusa la problemática derivada de la falta de claridad conceptual con que están determinados dichos contratos en esta Ley.

II

Por otro lado, en cuanto a la personalidad de los contratistas de la Administración, el artículo 15.1 de la LCAP determina con carácter general que "podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas... que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional".

Sin embargo, el artículo 198, regulador de los requisitos de capacidad para celebrar los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos, no resulta igualmente claro, estableciendo lo siguiente:

"1) En estos contratos, además de las condiciones generales exigidas por esta Ley, las empresas adjudicatarias deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga regulación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredite debidamente disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato.

"2) Los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración sólo podrán celebrarse con personas que reúnan los requisitos de solvencia académica, profesional, técnica o científica que, en cada caso, sean necesarios para el desarrollo del trabajo".

De lo anterior parece deducirse que los contratistas de los contratos regulados en el Título IV de la LCAP han de ser necesariamente empresas pudiendo celebrarse todos ellos, y también por tanto los de trabajos específicos, con personas físicas o jurídicas.

Ahora bien, dicha conclusión parece no conciliar con lo establecido en el artículo 5 de la LCAP, que, al determinar cuáles son los contratos administrativos y privados de la Administración, alude entre los primeros a aquellos "que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales", con lo que parece dar a entender que este tipo de contratos (al igual que en su regulación anterior por el Real Decreto 1465/1985) no se celebran con personas jurídicas, sino únicamente con personas físicas.

Asimismo, abona esta tesis la alusión contenida en el artículo 201.1 de la Ley, puesto que, al declarar que "en ningún caso el otorgamiento de un contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales supondrá la existencia de una relación funcionarial o laboral entre la Administración el contratista", parece que está partiendo de la base de que dichos contratos sólo se realizan con personas físicas, ya que únicamente con éstas puede establecerse una relación de tal naturaleza.

En consecuencia, y al amparo de la facultades conferidas a este Centro fiscal por el artículo 93.3 c) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, se estima procedente dar traslado de la consulta de referencia a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando se pronuncie sobre las cuestiones planteadas en los apartados I y II anteriores, por ser el órgano competente en la materia, según las atribuciones otorgadas por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como claramente queda expuesto en el escrito del Interventor General de la Administración del Estado, son dos las cuestiones suscitadas en el presente expediente, consistiendo la primera en determinar si los contratos que se celebren con personas físicas para la redacción de proyectos y dirección de obras son contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales y la segunda en determinar si lo últimos se pueden celebrar con personas físicas únicamente o también con personas jurídicas y, por ende, si aquéllas han de ser necesariamente empresarios o no.

Como es obvio, ambas cuestiones han de ser resueltas sobre la base de la interpretación de los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de la opinión que de "lege ferenda" merezcan las soluciones que, en los extremos consultados, las soluciones consagradas en el texto legal.

2. Respecto a la primera cuestión suscitada esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que se celebren con personas físicas para la redacción de proyectos y dirección de obras encajan en el concepto de contratos de consultoría y asistencia de los regulados en el Título IV, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por las consideraciones que, a continuación, van a ser expuestas y que, en esencia, se recoge en el propio escrito de consulta.

El artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su apartado 2, define el objeto de los contratos de consultoría y asistencia indicando en el subapartado a) que el mismo esta constituido por "estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos" y en el subapartado b), "llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión", entre otras prestaciones, "estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y

control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos".

A la luz del precepto transcrito no puede suscitarse duda alguna que la redacción de proyectos y dirección de obras constituyen uno de los objetos específicos de los contratos de consultoría y asistencia, extremos que vienen confirmados en el artículo 198.3 y 217.1 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al referirse el primeramente citado a "los contratos de consultoría y asistencia que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones" y el segundo -el 217.1- al contrato de consultoría y asistencia que "consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obra".

Por otra parte, al no existir limitación a las personas jurídicas para la celebración de estos contratos, la solución resultante de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no difiere, en este extremo, de la legislación anterior, puesto que el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, que constituye el antecedente inmediato de la regulación vigente de los contratos de consultoría y asistencia, permitía la celebración de los mismos con personas físicas o jurídicas (artículo 2) y definía su objeto de manera que expresamente se refería a la elaboración de proyectos e, indirectamente, a la dirección de obras al mencionar la realización de servicios técnicos, económicos, industriales, comerciales o cualesquiera otros de naturaleza análoga.

La primera conclusión positiva del presente expediente consiste en afirmar que en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos de elaboración de proyectos y de dirección de obras son contratos de consultoría y asistencia, al igual que en la legislación anterior se sometían a la normativa del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, regulador de los contratos de asistencia con empresas consultoras o de servicios.

3. La conclusión sentada conduce necesariamente a examinar si, además, los contratos con personas físicas para la elaboración de proyectos y dirección de obras pueden constituir contratos de servicios o contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

La solución negativa se impone por la consideración exclusiva del carácter residual que al ámbito de los contratos de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales atribuye el artículo 197 en sus apartados 3 y 4, al exigir el primero que los servicios de carácter técnico, económico industrial, comercial o cualquiera de naturaleza análoga no se encuentren comprendidos en los restantes contratos regulados en la Ley y el segundo -apartado 4- que los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales no estén incluidos en los apartados anteriores.

Respecto de estos últimos contratos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha supuesto una modificación sustancial respecto al régimen anterior, pues, aparte de extenderlos a personas jurídicas, como veremos a continuación, y establecer el requisito de la clasificación, en la regulación anterior, constituida fundamentalmente por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, no se suscitaban dudas acerca de que el objeto de los mismos podía ser la elaboración de proyectos y la dirección de obras, aunque sí hay que afirmar que la modificación de su objeto ha sido intencionada y ha perseguido la finalidad de rescatar el carácter excepcional de este tipo de contratos, como claramente se aprecia con el seguimiento de la tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de si los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales pueden celebrarse únicamente con personas físicas o también con personas jurídicas-, ha de ser resuelta partiendo de los distintos preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando los elementos interpretativos a que hace referencia el artículo 3.1 del Código Civil, es decir, el literal, el histórico, el sistemático y, como fundamental, el elemento finalista o teleológico.

Desde el punto de vista literal el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas caracteriza a estos contratos como aquellos que, no estando incluidos en los apartados anteriores (de consultoría y asistencia y de servicios), se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos. En cuanto a la capacidad, el artículo 198, en su apartado 1 establece que en todos los contratos regulados en el Título IV del Libro II, las empresas adjudicatarias deberán ser "personas físicas o jurídicas", y, en su apartado 2 que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración sólo podrán celebrarse con "personas" que reúnan los requisitos de solvencia académica, profesional, técnica o científica que, en cada caso, sean necesarios para el desarrollo del trabajo.

Como por otra parte, el artículo 15.1 de la Ley, aplicable a todos los contratos, establece que podrán contratar con la Administración "las personas naturales o jurídicas" debe concluirse que ningún precepto de la Ley -ni el genérico aplicable a todos los contratos (artículo 15.1), ni el más concreto de los contratos regulados en el Título IV del Libro II (artículo 198.1), ni el específico de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales (artículo 198.2) -hace restricción a las personas físicas, sino que literalmente se refieren a "personas naturales o jurídicas" a "personas físicas o jurídicas" o simplemente a "personas", término este último que literalmente no puede quedar circunscrito sólo a personas físicas.

Los antecedentes normativos de la Ley conducen a idéntica conclusión, dado que, en contrate con el artículo 2 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, y con las distintas versiones del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el requisito de que estos contratos deban celebrarse exclusivamente con personas físicas desaparece del texto de la Ley, de donde debe concluirse que esta restricción, vigente en la normativa anterior, ha dejado de estarlo con la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La interpretación sistemática de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que abordan esta cuestión producen idéntico resultado, pues si bien es cierto que hay ciertos preceptos de la Ley que hacen referencia a contratos de trabajos específicos y concretos no habituales adjudicados a personas físicas la interpretación de los mismos no produce la consecuencia de que dichos contratos no puedan celebrarse con personas jurídicas.

En primer lugar el artículo 26.1 exceptúa de la clasificación en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los de trabajos específicos y concretos no habituales que se adjudiquen a personas físicas que, por razón de la titularidad académica de enseñanza universitaria que posean, están facultadas para la realización del objeto del contrato siempre que se encuentren inscritas en el correspondiente colegio profesional. El comentario de este precepto debe resaltar que el mismo no se refiere exclusivamente a contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, sino también a los de consultoría y asistencia y de servicios adjudicados a personas físicas, siendo esta limitación lógica dado que los requisitos de titulación y colegiación no pueden darse en las personas jurídicas, pero sin que esta exención de clasificación pueda interpretarse que los contratos que menciona el precepto -consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales- no puedan adjudicarse a personas jurídicas.

En segundo lugar, puede suscitar mayores dificultades interpretativas el contenido del artículo 5.2 a) de la Ley, al considerar contratos administrativos los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. No obstante, por los mismos criterios y elementos interpretativos que estamos manejando, debe concluirse que la cita de las personas físicas en este artículo y apartado de la Ley es un error de adecuación a lo que se dispone en los artículos 197 y 198 de la propia Ley y, sobre todo, que la conclusión que se propiciaría, caso de no admitirse la tesis del error, sería, la de que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales celebrados con personas

jurídicas, no serían contratos administrativos, sino contratos privados, conclusión ilógica y como tal antijurídica, pero que en nada empece la tesis que venimos manteniendo de que estos contratos pueden celebrarse indistintamente, con personas físicas o jurídicas.

El elemento teleológico o finalista de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es el último elemento interpretativo en el orden expositivo, pero el más fundamental, según el artículo 3.1 del Código Civil al que resulta necesario acudir. En este sentido cabe destacar que la finalidad de esta última al suprimir el requisito de que este tipo de contratos solo se podían celebrar con personas físicas fue atender una sugerencia de la Comisión de las Comunidades Europeas que consideraba incompatible tal requisito con el contenido de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, resultando esta finalidad suficientemente aclaratoria de la posibilidad de celebrar estos contratos con personas jurídicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales no pueden tener por objeto la elaboración de proyectos y la dirección de obras, que deben ser objeto de contratos de consultoría y asistencia y que, tanto éstos, como aquéllos, pueden celebrarse indistintamente con personas físicas y jurídicas.

Informe 46/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado. Interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la contratación de trabajos de consultoría y asistencia.

ANTECEDENTES

Por la Directora General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"En relación con la contratación de asistencias, consultores y trabajos realizados por profesionales existen dudas de interpretación de la nueva Ley de Contratos. Hasta la entrada en vigor de dicha Ley ha sido posible contratar trabajos de asesoría técnica (estudios, informes, proyectos, dictámenes y otros de carácter eminentemente intelectual) con profesionales que, si bien tenían dada de alta su actividad profesional y podían demostrar que poseían los conocimientos y medios necesarios para realizar el trabajo, no constituían empresa.*
>
> *Ruego se emita informe acerca de si esta contratación es posible en la actualidad, entendiendo por nuestra parte que no se debería ir a soluciones restrictivas que supongan un trato discriminatorio de los profesionales frente a las empresas y que impidan la colaboración de profesionales especialista absolutamente necesaria para el buen desarrollo de las funciones de esta Dirección".*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por la Directora General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo y 24 de octubre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991, después de enunciar las personas que en la Administración del Estado pueden solicitar informes a la Junta añade que igualmente pueden solicitarlos "los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales".

En consecuencia, al no formularse la consulta por el titular de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, de la Comunidad de Madrid, sino por la Directora General de Arquitectura y Vivienda de dicha Consejería, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por el titular de la Consejería o de otra Consejería de la Comunidad Autónoma, tal como establece el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. Sin perjuicio de lo anterior, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas observaciones en cuanto a la cuestión de fondo que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse.

La cuestión concreta que se suscita es la de si, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, es posible seguir celebrando contratos de trabajos de asesoría técnica con profesionales (estudios, informes, proyectos, dictámenes y otros de carácter eminentemente intelectual).

Al haber agrupado el Título IV del Libro II de la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, los contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales y al haber configurado el contenido de estos últimos con carácter residual respecto a los anteriores, debe interpretarse, como lo ha hecho esta Junta en dos informes de 24 de octubre de 1995 (Expedientes 25/95 y 38/95), que actividades como las mencionadas en el escrito de consulta no pueden ser objeto de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales por constituir el objeto típico de los contratos de consultoría y asistencia, sin que exista obstáculo alguno para que éstos últimos se celebren con profesionales, lo cuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.1 de la Ley 13/1995 estarán exentos de clasificación, cuando por la cuantía del contrato resulte exigible, siempre que posean la titulación académica de enseñanza universitaria correspondiente al objeto del contrato y se encuentren inscritos en el correspondiente colegio profesional.

Informe 51/95, de 7 de marzo de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Contratos de seguros, posibles empresas contratistas y referencias a los corredores de seguros..

ANTECEDENTES

Por el Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

"Con el fin de proceder a la contratación de una póliza colectiva de seguro de vida y accidentes, esta Universidad de Las Palmas de Gran Canaria solicitó ofertas, mediante el oportuno anuncio, para proceder a la adjudicación correspondiente. Entre las ofertas recibidas figuraban las presentadas tanto por Compañías de Seguros como por Corredurías de Seguros, presentándose dudas respecto a si éstas últimas tienen o no capacidad para contratar con la Administración.

Teniendo en cuenta, que la actividad básica de mediación de los corredores de seguros consiste en "informar a quien trate de concertar el seguro sobre las condiciones del contrato que a su juicio conviene suscribir, ofreciendo la cobertura que, de acuerdo a su criterio profesional, mejor se adapte a las necesidades de aquel..." según dispone el art. 14.2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, reguladora de la actividad de mediación, y que tiene prohibida la asunción de riesgos (art. 3.2.).

Y, de otra parte, que esta Universidad, por su condición de Administración Pública, está obligada a someter su actividad contractual a las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y en particular, que la decisión de adjudicar el contrato es facultad del órgano de contratación, previa propuesta de la mesa.

Se somete a su consideración, si es admisible la participación en la licitación de referencia de las corredurías de seguros o si sólo están legitimadas las entidades aseguradoras".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para resolver la cuestión que se suscita en el presente expediente -la de si a la contratación de una póliza colectiva de seguro de vida y accidentes convocada por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria pueden concurrir únicamente compañías de seguros o también corredores de seguros -ha de ser resuelta examinando la cuestión de si los corredores de seguros están capacitados para la celebración del contrato, pues no puede ponerse en duda -y en el escrito de consulta parece que no lo es- la posibilidad de que las compañías de seguros celebren un contrato con las Administraciones Públicas a cuyo contenido sea la suscripción de una póliza colectiva de seguro de vida y accidentes, que es el caso concreto sometido a consulta.

2. La regulación de la actividad de los corredores de seguros, como una categoría de la más amplia de mediadores de seguros privados, viene establecida en la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados, cuyo artículo 2 señala que la actividad de mediación en seguros privados comprenderá la mediación entre tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora privada, de otra y que igualmente comprenderá aquellas actividades llevadas a cabo por quienes realicen la mediación que consistan en la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros y la posterior asistencia al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario del seguro. De acuerdo con esta idea básica el artículo 3 de la propia Ley

declara que los mediadores de seguros privados no podrán asumir, directa o indirectamente, la cobertura de ninguna clase de riesgos, ni tomar a su cargo, en todo en parte, la siniestralidad objeto del seguro, siendo nulo todo pacto en contrario y el artículo 21 detalla las actividades de los corredores de seguros, como la de ofrecer asesoramiento imparcial a quienes demandan la cobertura de riesgos, informar a quien trate de concertar el seguro sobre las condiciones del contrato que a su juicio conviene suscribir, velar por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza para su eficacia y plenitud de efectos y, durante la vigencia del contrato de seguro en el que hayan intervenido, facilitar al tomador al asegurado y al beneficiario la información que reclamen sobre cualquiera de las cláusulas de la póliza y, en caso de siniestro, a prestarles su asistencia y asesoramiento.
Teniendo en cuenta que el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que para celebrar contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales las empresas adjudicatarias deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, resulta evidente, por desprenderse así de los preceptos reseñados de la Ley 9/1992, de 30 de abril, que los corredores de seguros no tienen capacidad para celebrar un contrato de seguro con la Administración, que sólo resulta atribuida en nuestro ordenamiento jurídico a las compañías de seguros por el artículo 3 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, prohibiendo específicamente el artículo 5.1 c) de dicha Ley a las entidades aseguradoras las actividades de mediación en seguros privados, definidas en la Ley 9 /1992, de 30 de abril, sancionando con la nulidad de pleno derecho de la prohibición, a contravención de la prohibición.
Resulta así, como es lógico, que el objeto del contrato convocado delimita la capacidad de las empresas que pueden concurrir al mismo y por aplicación combinada de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros privados y la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, debe concluirse que a la celebración de contratos de seguro solo pueden acceder las entidades aseguradoras y no los corredores de seguros y, a la inversa, a la celebración de contratos que tengan por objeto las actividades típicas de mediación (información, asesoramiento, etc...) sólo podrán concurrir corredores de seguros y no entidades aseguradoras.

3. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que una entidad aseguradora o una correduría de seguros figure indebidamente clasificada en grupo o subgrupo distinto al que le corresponde, pues aunque, según resulta de norma 1ª; de la Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por la Orden de 30 de enero de 1991, reguladora de la clasificación de empresas consultoras o de servicios, la actividad de los corredores de seguros encajaría en el grupo I, -estudios e informes-, subgrupos 3 ó 4 y la de las compañías de seguros en el grupo III -servicios- subgrupo 8, lo cierto es que, aparte de grupos y subgrupos específicos, cuya titulación debe ser siempre coincidente con la del objeto del contrato, en los grupos y subgrupos genéricos, como son los reseñados, la clasificación no exime de comprobar la adecuación de la actividad de la empresa con la del objeto del contrato, pues caso contrario se llegaría a la conclusión de que una empresa clasificada en un subgrupo de "varios" u "otros" siempre estaría capacitada para celebrar un contrato no incluido en grupo y subgrupo específico, aunque no tuviese la más mínima relación con el objeto legal o estatutario de la propia empresa.
Aplicando esta idea al supuesto presente lo que se quiere afirmar es que aunque un corredor de seguros aparezca clasificado en el grupo III, subgrupo 8, que actualmente, por no existir otro específico, es el correspondiente a entidades aseguradoras, tal circunstancia no le permite, por impedirlo la Ley 9/1992, de 30 de abril, celebrar contratos de seguros y que si una entidad aseguradora aparece clasificada en el grupo I, subgrupos 3 ó 4, tal circunstancia no le permite celebrar

contratos cuya actividad sea la propia de mediadores de seguros, por impedirlo la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los corredores de seguros no pueden celebrar contratos de seguros con la Administración, aunque sí otro tipo de contratos cuyo objeto coincida con su actividad delimitada en la Ley 9/1992, de 30 de abril.

2. Que las entidades aseguradoras, si bien pueden celebrar contratos de seguro con la Administración no pueden celebrar con la misma contratos cuyo objeto coincida con el delimitado legalmente para los corredores de seguros, por prohibirlo la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

3. Que las conclusiones anteriores deben ser mantenidas con independencia del grupo y subgrupo en el que aparezcan clasificadas las entidades aseguradoras y los corredores de seguros.

Informe 3/96, de 7 de marzo de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Exigencia de la condición de empresario en supuestos de persona física o jurídica a los contratistas.

ANTECEDENTES

Por el Director General para la Vivienda, el Urbanismo y la Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Intervención Delegada de la General de la Administración del Estado en este Departamento, viene devolviendo a esta Dirección General, sin fiscalización favorable, "contratos de consultoría y asistencia", a formalizar con personas físicas alegando en los correspondientes informes que, al no tener el adjudicatario la consideración de empresario, el contrato a fiscalizar lo debería de ser con la consideración de "contrato específico y concreto no habitual".

La razón alegada es que el Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, hablaba de los contratos de asistencia "con empresas consultoras o de servicios".

Por otra parte, el artículo 198,1 de la Ley 13/1.995, de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, y en lo referente a requisitos de capacidad en los contratos de consultoría y asistencia, señala que "las empresas adjudicatarias deberán ser personas físicas o jurídicas".

En razón a lo expuesto, la Intervención Delegada exige que los adjudicatarios de dichos contratos justifiquen su condición de "empresarios individuales", lo que conlleva que al tener que acreditar la circunstancia de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, deban asimismo acreditar estar dados de alta como empresarios en la actividad profesional que corresponda.

A la vista de ello, esta Dirección General formula consulta ante esa Junta de Contratación a fin de que dictamine si los "contratos de consultoría y asistencia", en los que el adjudicatario sea una persona física, éste ha de acreditar su carácter de "empresario", o en el caso de que dicha acreditación no se verifique, el contrato a formalizar deba de tener la consideración de "contrato de trabajos específicos y concretos no habituales".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para resolver la cuestión sometida a consulta de esta Junta debe comenzar por examinarse, conforme a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, qué personas pueden celebrar contratos con la Administración y los requisitos que deben concurrir en las mismas, para, a continuación, examinar si para determinados contratos se exigen requisitos especiales y, en particular, si para los contratos de consultoría y asistencia con personas físicas se requiere en éstas últimas la condición de "empresario" individual.

2. Desde un punto de vista general para todos los contratos, el artículo 15.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, establece que podrán contratar con la Administración "las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible. Por otra parte, los artículos 16 a 19 de la propia Ley se refieren a la solvencia económica y financiera y a la solvencia técnica de los empresarios en los contratos de obras, suministro y en los restantes contratos y el artículo 20 consigna que no podrán contratar con la Administración las

personas en quienes concurra alguna de las circunstancias que enumera, entre las que figura, en el apartado f), no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes en los términos que reglamentariamente se determinen y, en el apartado k), no hallarse debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo dispuesto en esta Ley o no acreditar la suficiente, solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

A la vista de los anteriores preceptos procede concluir que, para toda clase de contratos, por tanto para los regulados en el Título IV, Libro II de la Ley, se admite que puedan celebrarlos con la Administración las personas físicas o jurídicas que acrediten solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito sustituible por la clasificación cuando sea exigible, y que no estén incursas en las prohibiciones reseñadas en el artículo 20 y, en particular, que se hallen al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, lo que según el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación, que debe considerarse vigente, supone justificar, entre otros extremos, el alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, tributo que ha sustituido a la desaparecida Licencia Fiscal que menciona el precepto reglamentario.

Ninguno de los preceptos reseñados permite afirmar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas restringe las posibilidades de contratación a las empresas o empresarios, pues aparte de que no existe en el ordenamiento jurídico español una definición de lo que deba entenderse por empresa o empresario, lo cierto es que la Ley utiliza indiferentemente ambos conceptos para evitar la reiteración de la expresión persona física o jurídica como a título ejemplificativo pueden citarse sus artículos 16 a 19 (medios de justificar los empresarios su solvencia) artículo 20, apartados h) e i) (prohibiciones de contratar de los empresarios) y Capítulo II, Título II, Libro I donde se habla de clasificación y registro de empresas y empresarios indistintamente.

Lo que si hay que poner de relieve en este apartado es que la exigencia de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social no convierten, una persona física en empresario, como parece hacerse resaltar como objeción de la Intervención Delegada en el Ministerio, pues aparte de la indefinición de los conceptos de "empresa" y "empresario" que ya ha quedado indicada, esta exigencia ha de producirse en relación con cualquier persona física o jurídica que pretenda contratar con la Administración, siempre como es obvio, en relación con los tributos y obligaciones de Seguridad Social que, conforme a la legislación sustantiva, resulten procedentes en cada caso excluyendo, por tanto, los supuestos de no sujeción y de exención de las referidas obligaciones.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse que, para toda clase de contratos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite a personas físicas y jurídicas sin distinción, siempre que en las mismas concurran los requisitos establecidos, entre lo que no figura, por imposibilidad conceptual, el tratarse de empresa o empresario.

3. Si pasamos al examen más concreto de los contratos regulados en el Título IV, del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (contratos de consultoría y asistencia de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales) debemos confirmar la conclusión general sentada, pues ni en la legislación de contratos del Estado derogada, ni en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, existe base suficiente para afirmar que las personas físicas que pretendan celebrar contratos de consultoría y asistencia deban ser empresas o empresarios individuales, pareciendo configurarse este concepto en la concurrencia de tener que justificar estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o de Seguridad Social y estar dados de alta como empresarios en la actividad profesional que corresponda, pues ya ha quedado suficientemente razonado que la exigencia del cumplimiento de obligaciones tributarias o de Seguridad Social ha de afectar a cualquier persona física o jurídica sin que se alcance a comprender el significado exacto de la expresión "estar dados de alta como empresarios en la

actividad profesional que corresponda" como no sea que haga referencia al Impuesto sobre Actividades Económicas, al que, en singular, también nos hemos referido.
Con ello queda desvirtuadas las alegaciones aducidas de que el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, hablaba de "empresas consultoras o de servicios" y que el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a "empresas adjudicatarias" que deberán ser personas físicas o jurídicas, pues aparte de que resulta inadecuado apelar a una norma que, en su filosofía y gran parte de su contenido, ha quedado derogada, también ha quedado explicado con anterioridad el significado de la utilización de los términos "empresa" o "empresario" equivalentes a la expresión "personas físicas o jurídicas".
4. Por último debemos reseñar que la solución que, según se hace constar en el escrito de consulta, propugna la Intervención Delegada en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de que en los contratos de consultoría y asistencia a celebrar con personas físicas que no acrediten su carácter de "empresario" el contrato a formalizar debe tener la consideración de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, debe ser descartada, pues aparte de que habrían de ser exigidos en cuanto a obligaciones fiscales y de Seguridad Social los mismos requisitos que en los de consultoría y asistencia, siempre deberá tenerse en cuenta el carácter residual que los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales tienen respecto a los de consultorías y de asistencia y de servicios, tal como esta Junta Consultiva ha puesto de relieve en sus recientes informes de 24 de octubre de 1995 (expedientes 25/95 y 38/95) que, en lo pertinente, se dan aquí por reproducidas.
En definitiva, esta Junta en extremo entiende, que la delimitación entre contratos de consultoría y asistencia, por un lado y de trabajos específicos y concretos no habituales, por otro,no puede realizarse en atención a las personas que pueden celebrarlos y los requisitos que deben concurrir en las mismas, que son idénticos, sino en relación con su contenido y objeto, debiendo tenerse en cuenta el carácter residual de los segundos frente a los primeros.

CONCLUSIÓN
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos de consultoría y asistencia pueden celebrarse con personas físicas a las que habrá que exigir la acreditación del cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, que no podrá ser eximida en los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, resultando procedentes estos últimos tipos de contratos, cuando por su contenido y objeto no estén comprendidos en las categorías de contratos de consultoría y asistencia y de servicios.

Informe 31/96, de 30 de mayo de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Determinación del tipo de contrato aplicable a los contratos de servicios bancarios, de servicios de seguros, suministro de energía eléctrica, servicio de teléfono, actividades culturales y recreativas.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde - Presidente del Ayuntamiento de Aldea del Fresno se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"En la aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (LCAP), a la actividad contractual de este Ayuntamiento (en un municipio menor de 2.000 habitantes), se plantean varias dudas. Entre otras, el tipo de contrato a celebrar en los casos a continuación indicados, los cuales son frecuentes.

Por ello, se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el tipo de contrato, de entre los señalados en el Art. 5 de LCAP (administrativo, administrativo especial o privado), procede realizar en los siguientes supuestos y demás cuestiones planteadas en cada uno:

1.- Préstamos y pólizas de crédito (en operaciones de tesorería).

Dada la naturaleza de dichas operaciones, así como la dificultad de cumplir algunos requisitos de la Ley (garantías, clasificación, solvencia, condiciones ... etc), se plantean las siguientes cuestiones:

a) Ha de hacerse un contrato administrativo de servicios (Art. 207.6) ó también sería correcto hacer un contrato privado (Art. 9).

b) Es necesario exigir la fianza.

c) El contrato se debe formalizar en documento administrativo o vale la póliza de la Entidad bancaria.

2.- Contratos de la luz y del teléfono.

Teniendo en cuenta entre otras las siguientes circunstancias: "el importe de algunos contratos de luz (albdo. público, motores del depósito para elevación del agua) exceden de 5 millones; existe un solo proveedor; las tarifas son oficiales; las condiciones son impuestas por las Eléctricas y Telefónica", se consulta sobre las siguientes cuestiones:

a) Tipo de contrato: administrativo de suministro o privado.

b) La necesidad de un procedimiento licitatorio.

c) Formalización del contrato en documento administrativo o mediante las pólizas de las Compañías.

3.- Pólizas de seguros (responsabilidad civil y bienes municipales.

Respecto de estos contratos se desea saber:

a) Tipo de contrato: de carácter administrativo ó también sería válido hacer un contrato privado.

b) Formalización del contrato en documento administrativo ó sería suficiente la póliza del seguro.

4.- Contratación de festejos taurinos, orquestas musicales y artistas.

Al igual que en los supuestos anteriores procedería hacer un contrato administrativo de servicios (Art. 207.26 LCAP) ó pueden considerarse como privados. Además en la contratación de un determinado artista, cuando así lo

estime oportuno el Ayuntamiento, sería necesario tramitar algún procedimiento de adjudicación."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El primer aspecto a que se refiere el escrito de consulta es el relativo a préstamos y pólizas de crédito suscitándose las cuestiones de si se trata de contratos administrativos de servicios o contratos privados, si resulta necesario exigir garantía y si el contrato debe formalizarse en documento administrativo o resulta suficiente la póliza de la Entidad bancaria.

En cuanto a la primera cuestión suscitada - la naturaleza del contrato - entiende esta Junta que, a partir de la vigencia de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios y su incorporación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos de préstamo deben configurarse como contratos administrativos por la sencilla razón de que el artículo 5.2.a) de la citada Ley considera contratos administrativos los de consultoría y asistencia o de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales y en la regulación de estos contratos contenida en el Título IV del Libro II de la Ley se citan de manera expresa, en el número 6 del artículo 207, los servicios financieros en su doble modalidad de servicios de seguros y de servicios bancarios y de inversiones.

Respecto a la segunda cuestión suscitada - la necesidad de constituir garantía - debe señalarse que esta necesidad, tanto para la garantía provisional, como para la definitiva constituye la regla general en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, si bien existen posibilidades de dispensa, para la garantía provisional, en el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los contratos de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía inferior a la señalada en el artículo 204.2 (hoy 31.992.917 pesetas, fijadas por Orden de 11 de abril de 1996) si se trata de empresas que acrediten la clasificación requerida y, para la garantía definitiva, en el artículo 38 de la propia Ley, ya que el mismo establece que en los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales la garantía definitiva podrá ser dispensada cuando así lo disponga el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo fundamentarse las razones de la citada dispensa. Por otro lado, y en cuanto a la garantía definitiva, debe añadirse que la misma carece de razón de ser en los contratos de préstamo en los que la obligación a garantizar sería la de la Administración contratante, nunca la de la Entidad prestamista.

Por el contrario, no existe posibilidad de dispensar del requisito de la formalización del contrato en documento administrativo, sin perjuicio de que pueda iniciarse la ejecución sin la previa formalización en los casos de tramitación urgente y de emergencia, tal como preceptúa el artículo 55.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Lo indicado no obsta a que, además del documento administrativo de formalización, se suscriba, si fuera preciso, la oportuna póliza de crédito, que obviamente deberá ajustarse al pliego y al documento de formalización.

2. El segundo grupo de cuestiones se plantean en relación con los contratos de suministro de energía eléctrica y de teléfono, centrándose la consulta en la naturaleza administrativa o privada de los respectivos contratos, en la necesidad de un procedimiento licitatorio y en la formalización del contrato en documento administrativo o en las pólizas de las compañías.

La naturaleza administrativa y no privada de estos contratos, ya sean calificados como de suministro o de servicios, deriva del artículo 5.2.a) que establece esta calificación, debiendo señalarse, a mayor abundamiento, que la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley que se recogía en el artículo 2.3 de la Ley de Contratos del Estado,

referente a operaciones que celebrase la Administración con particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resultase mediatizado en virtud de disposiciones legales o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos, ha desaparecido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en virtud de una indicación de la Comisión de la Unión Europea por considerar que los contratos sobre tales bienes y derechos estaban sujetos a las Directivas comunitarias y, por tanto, debían quedar sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
Respecto a la necesidad de un procedimiento licitatorio cabe señalar que una de las posibilidades previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consiste en la utilización del procedimiento negociado, equivalente a la antigua contratación directa, y que precisamente, según los artículos 183.c) y 211.b) está justificado en los supuestos en que el contrato sólo pueda adjudicarse a un solo suministrador o prestador de servicios.
En cuanto a la necesidad de formalización en documento administrativo hay que reiterar que, salvo la excepción a la necesidad de formalizar antes de la iniciación ejecución del contrato prevista en el artículo 55.4, con remisión a los artículos 72 y 73 de la propia Ley, no existe ninguna excepción a la necesidad de formalizar estos contratos, sin perjuicio de que pueda, además, extenderse la correspondiente póliza de la Compañía suministradora, cuyo contenido no podrá diferir del pliego y documento de formalización.

3. El escrito de consulta se refiere a continuación a los contratos de seguros planteando igualmente las cuestiones del carácter administrativo o privado del respectivo contrato y la necesidad de formalización en documento administrativo o si basta la póliza de seguro.
Necesariamente hay que reiterar, por las mismas razones, los argumentos expuestos con anterioridad, en estos extremos, en relación con los contratos de préstamo y pólizas de crédito, pues el carácter administrativo de los contratos de seguro deriva del artículo 5.2, a), en relación con el 207, número 6, sin que exista norma alguna que permita dispensar de la formalización en documento administrativo.

4. Por último se cita en el escrito de consulta el supuesto de contratación de festejos taurinos, orquestas musicales y artistas inquiriendo sobre el carácter administrativo o privado de los respectivos contratos y la necesidad de tramitar algún procedimiento administrativo.
Esta Junta Consultiva entiende que estos contratos, a diferencia de los examinados en los apartados anteriores, tienen que ser calificados de contratos privados de la Administración conforme al artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que atribuye tal carácter a todos los contratos que no puedan configurarse como contratos administrativos típicos (artículo 5.2, a), ni como contratos administrativos especiales (artículo 5.2, b) por no reunir los requisitos y características establecidos en dicho artículo y apartado. El régimen jurídico de los contratos privados lo establece el artículo 9 de la propia Ley, remitiéndose a falta de normas especiales en la preparación y adjudicación a los preceptos de la Ley y, en cuanto a sus efectos y extinción, a las normas de derecho privado, resultando así en cuanto al extremo concreto consultado, que sería necesaria la utilización de los concretos procedimientos de adjudicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, entre los que, por sus características especiales, podrá ser objeto de frecuente utilización el procedimiento negociado, equivalente a la antigua contratación directa.

Informe 32/96, de 5 de junio de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Inviabilidad de celebrar contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales con empresas de trabajo temporal.

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente de la Mesa de Contratación de la Secretaría General de Comunicaciones del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente se dirige el siguiente escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

> *"En relación con el expediente de contratación de "Servicios complementarios para el proceso de implementación del Real Decreto 444/1994, de 1 de abril" convocado por la Dirección General de Telecomunicaciones, que se tramita por el procedimiento abierto de concurso en base a lo dispuesto en el artículo 209.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Mesa de Contratación de la Secretaría General de Comunicaciones, una vez realizados los actos de calificación de la documentación administrativa y de la apertura de la propuesta económica el pasado día 17 de abril de 1996, se plantea, a tenor de lo expuesto en el informe realizado por el Servicio Jurídico, elevar a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa la consulta relativa a si podría la Administración contratar con una "empresa de trabajo temporal" (R.T.T.) los servicios de referencia.*
>
> *Se adjunta copia certificada del informe referido del Servicio Jurídico, a la vez que se ruega el dictamen que considere en derecho esa Junta Consultiva dentro de la mayor urgencia posible, con el fin de cumplir lo previsto en el artículo 90 de la Ley de C.A.P.."*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo fotocopia certificada del informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento emitido con fecha 23 de abril de 1996 en el que, por las razones que detalladamente expone, llega a la conclusión de que la actividad de empresas de trabajo temporal no guarda relación directa con el objeto del contrato, sino a lo sumo mediata a través de la puesta a disposición de trabajadores cualificados y de que, aún admitiendo a efectos dialécticos una relación directa, debe considerarse que existe una notoria incompatibilidad entre el régimen jurídico aplicable a los contratos de puesta a disposición y el aplicable a los contratos administrativos, particularmente, a los de servicios. En base a estas conclusiones el Servicio Jurídico del Estado proponía que se incoase de oficio procedimiento de revocación de los actos preparatorios de la adjudicación del contrato ya realizados sin perjuicio de que, si se consideraba oportuno, fuera elevado el expediente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a fin de que pudiera emitir su autorizado parecer en relación con una problemática tan singular como la suscitada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar a conocer la cuestión de fondo suscitada, centrada en el escrito de consulta en determinar si podría la Administración contratar con una empresa de trabajo temporal "los servicios complementarios para el proceso de implementación del Real Decreto 444/1994, de 1 de abril", resulta necesario abordar el problema de la legitimación para formular consultas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta, entre otros y como mas recientes, en sus informes de 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22

de marzo, 24 de octubre y 21 de diciembre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta, cuyo artículo 17 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, por lo que al formularse la consulta por el Presidente de la Mesa de Contratación y no por el Subsecretario o algún Director General del Departamento debe considerarse no admisible la consulta formulada.

2. Sin perjuicio de lo anterior esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas consideraciones en cuanto a la cuestión de fondo que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse, consideraciones que, en esencia, no son más que reproducción de los argumentos expuestos anteriormente por la propia Junta Consultiva y en el presente expediente por el Servicio Jurídico del Estado en el Departamento.

En su informe de 8 de junio de 1995 (expediente 9/95) esta Junta, después de analizar el contrato de puesta a disposición, definido en el artículo 6.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, señalaba que la posibilidad de que la Administración celebrase un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal quedaba condicionada a que los trabajadores de esta última pudieran prestar servicios a las Administraciones Públicas.

En el caso concreto que se examina la conclusión negativa a la posibilidad de que la Administración celebre un contrato con una empresa de trabajo temporal se basa en los dos grupos de argumentos básicos sustentados por el Servicio Jurídico del Estado en su informe de 23 de abril de 1996, consistiendo el primero en razonar que la actividad de las empresas de trabajo temporal no puede tener una relación directa con el objeto del contrato, como exige el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino a lo sumo mediata, a través de la puesta a disposición de trabajadores cualificados y el segundo grupo de argumentos los que demuestran la incompatibilidad entre el régimen jurídico aplicable a los contratos de puesta a disposición con el aplicable a los contratos administrativos, particularmente a los contratos de servicios y que se pone de relieve en los artículos 7.2, 11.1, 15 y siguientes y en las disposiciones adicionales 1ª; y 2ª; de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Informe 34/96, de 30 de mayo de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Consideración de los contratos bancarios de préstamo como contratos incluidos en el ámbito objetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación Provincial de Granada dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre las cuestiones que plantea en dicho escrito en los siguientes términos:

"La promulgación de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) ha tenido una influencia importante en el ámbito de los contratos de préstamos bancarios, ya que su naturaleza jurídica puede ser distinta en función de su localización textual.

En efecto, ¿son las operaciones de crédito contratos privados de naturaleza mercantil o son contratos administrativos de servicios regulados por la propia LCAP, tanto en su preparación, adjudicación y efectos?

A) El artículo 3.1.k) de la ley mencionada, al referirse a los contratos y negocio excluidos del ámbito de la LCAP, nos dice: "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".

En el Preámbulo de la Directiva 92/50/CEE se alude en relación con esta excepción a los instrumentos de política monetaria, de tipo de cambios, de deuda pública, de gestión de reservas y de otras políticas que impliquen operaciones con títulos o con otros instrumentos financieros; en consecuencia, la finalidad del legislador comunitario tampoco parece amparar la inclusión de los contratos de préstamo dentro del ámbito del artículo 3.1.k) de la LCAP.

B) El Título IV de la LCAP regula los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración y en el artículo 197.3 dice que son contratos de servicios aquellos de carácter comercial o cualquier naturaleza análoga excluidos los de consultoría, asistencia y trabajos específicos y concretos no habituales, precisándose en el artículo 207.6.b) los servicios bancarios y de inversiones.

Si entre los servicios bancarios se encuentran los préstamos, las operaciones de crédito son contratos administrativos de servicios. En esta hipótesis, los contratos no podrán tener un plazo de vigencia superior a 4 años, con una prórroga máxima de 2 años (199.1).

Si el contrato con exclusión del IVA es igual o superior a 27.266.208 ptas., deberá publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), según el artículo 204.

El interés de demora será el establecido en la Ley de Presupuestos del Estado en torno al 10% y no del 25%; la Administración tendría el ius variandi en los términos previstos con carácter general por los artículo 60 y 102; el procedimiento y adjudicación sería el de la LCAP, con los plazos que ésta dispone, etc.

En suma, que el clausulado del contrato estaría sometido a reglas imperativas que resultan frontalmente incompatibles con las cláusulas y prácticas habituales en los mercados financieros y cuya aplicación conduciría a impedir la financiación de las Administraciones Públicas.

C) Otra posición doctrinal sería considerar a este tipo de contratos dentro del artículo 9.1 al disponer que los contratos privados se rigen en cuanto a su

adjudicación por la LCAP y en consecuencia, rigen los mismos principios de publicidad y concurrencia, si bien sus efectos y extinción serían de carácter privado.

Esta interpretación elimina algunos inconvenientes de la que lo considera como contratos administrativos, pero el procedimiento sería análogo y muy largo en el tiempo, totalmente incompatible con algunas operaciones de crédito que deben ser inmediatas como las operaciones de Tesorería.

D) Finalmente existe otra interpretación, y es considerar a estos contratos de préstamos como contratos privados de naturaleza mercantil, al amparo del último párrafo del artículo 9.1 de la LCAP, que dice: "Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades intelectuales y valores negociables, se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicables a cada caso". En este supuesto, la legislación patrimonial relativa a las operaciones de crédito es la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales que entre otros recursos están las operaciones de crédito del artículo 2.1.f) de la LHL, disponiendo su artículo 49 que "en los términos previstos en esta ley, las Entidades Locales podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades con toda clase de Entidades de Crédito".

Los préstamos podrán ser a medio o largo plazo, con lo que se consigue un recurso financiero a reembolsar en plazo largo, puesto que si necesariamente fuese de 4 años su devolución, tanto por su inviabilidad, como por su carga financiera, haría imposible utilizar este mecanismo para que los Entes Locales puedan financiarse y en consecuencia la autonomía local y financiera de dichos entes sería una falsedad.

Considerando que aún no ha sido promulgado el Reglamento que dé claridad al problema planteado, esta Presidencia solicita dicho informe".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta resulta que son principalmente dos las cuestiones suscitadas en el presente expediente, consistiendo la primera en determinar la naturaleza jurídica de los contratos de préstamos bancarios, concretamente su carácter administrativo o privado y la segunda, entre los diversos aspectos de su régimen jurídico, determinar el plazo de duración de estos contratos.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada -la naturaleza y carácter de los contratos de préstamos bancarios- entiende esta Junta que, a partir de la vigencia de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios y su incorporación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos de préstamos bancarios deben configurarse como contratos administrativos, por la sencilla razón de que el artículo 5.2. a) de la citada Ley considera contratos administrativos los de consultoría y asistencia o de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales y en la regulación contenida en el Título IV del Libro II de la Ley se citan de manera expresa, en el número 6 del artículo 207, los servicios financieros en su doble modalidad de servicios de seguros y de servicios bancarios y de inversiones.

Frente a esta conclusión derivada de la normativa comunitaria reguladora de los contratos de servicios, de la sistemática y de la propia literalidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no pueden prevalecer las diversas tesis que se consignan en el escrito de consulta, en realidad para descartarlas o poner de relieve las dificultades de su aplicación.

En primer lugar se cita el artículo 3.1. k) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para apuntar la posibilidad de que los contratos de

préstamos bancarios estuviesen excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, pero ya se apunta que ni la literalidad del precepto -compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España- ni la justificación de la exclusión en el preámbulo de la Directiva 92/50/CEE pueden relacionarse con la figura de préstamos bancarios.
En segundo lugar se indica la posibilidad de considerar estos contratos como contratos privados pero se reconoce que, al regirse en su adjudicación por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se solventarían la mayor parte de las dificultades puestas de relieve. Aparte que no se aporta ningún argumento en apoyo de esta tesis, lo cierto es que la misma choca frontalmente con la calificación de contratos administrativos, que por lo indicado merecen los contratos de préstamos bancarios.
Finalmente se apunta la posibilidad de considerar estos contratos como contratos privados de naturaleza mercantil, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se regirían por la legislación patrimonial constituida, para las operaciones de crédito, por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, concretamente, por sus artículos 21 f), 49 y 50.
Esta Junta entiende que esta interpretación forzada debe descartarse, ante todo porque los préstamos bancarios no pueden identificarse con bienes inmuebles, propiedades intelectuales y valores negociables y, además, porque la legislación patrimonial a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la reguladora de las adquisiciones y enajenaciones de bienes de las Entidades Locales, constituidas por las normas contenidas, en este extremo, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y, fundamentalmente, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

3. El descartar el argumento utilizado en el escrito de consulta para llegar a la conclusión de que los préstamos bancarios pueden tener una duración superior a los 4 años, con 2 años de prórroga, prevista en el artículo 199 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no significa rechazar la propia conclusión, que, a juicio de esta Junta Consultiva, queda justificada por las prescripciones de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, no por su consideración de legislación patrimonial, sino por su consideración de Ley especial frente a la regulación del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por no oponerse a la misma, sino establecer una regulación paralela de un extremo concreto -la posible duración de los contratos de préstamo bancario- que permite concluir que, en este extremo concreto la citada Ley 39/1988, de 28 de diciembre, debe considerarse vigente de conformidad con la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que los contratos de préstamo bancario celebrados por Administraciones Públicas deben considerarse, a partir de la vigencia de la Directiva 92/50/CEE y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contratos administrativos por resultar así del artículo 5.2, a) y 207.6 de la citada Ley.

2. Que no obstante, en cuanto a la duración de estos contratos, puede entenderse que prevalecen las disposiciones de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, frente a la limitación resultante del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 45/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de suministro. Revisión de precios. Revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Por diferentes órganos de contratación de este Ministerio se han formulado, a esta Dirección General, consultas sobre aplicación de la revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios.

A tenor de lo dispuesto en los arts. 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se somete a informe de esa Junta Consultiva las cuestiones siguientes, con objeto de unificar criterios en el empleo y alcance de la revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios.

1 - El art. 25.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) establece que en los contratos que no sean de obra o de suministro de fabricación, cuando sea procedente la revisión de precios, se llevará a efecto mediante la aplicación de los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sobre la aprobación, alcance y significado de "fórmulas de carácter oficial" las consultas formuladas se pueden resumir en las siguientes:

- Las fórmulas tipo requieren la aprobación del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se consulta si las fórmulas de carácter oficial requieren la aprobación de alguna Autoridad distinta del órgano de contratación o con el hecho de estar formada por índices de carácter oficial tienen la consideración de fórmula oficial; asimismo, en el caso que no sean aprobadas por el órgano de contratación, el ámbito de aplicación.

- Trámite que se debe dar, en su caso, para la aprobación.

- Las fórmulas tipo deben tener la estructura que se establece en el art. 3º del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero. Se consulta si las fórmulas oficiales deben tener alguna o sirve cualquier fórmula.

- Si a semejanza de las fórmulas tipo debe figurar el sumando fijo no superior a cero enteros quince centésimas (0,15), que dispone el art. 3º del citado Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero.

- Si los índices a emplear pueden ser cualquiera que tenga el carácter de oficial o requieren la aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, a semejanza de los de la fórmula tipo empleadas para los contratos de obras y suministro fabricación.

2 - El art. 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que la revisión de precios de los contratos tendrá lugar cuando se haya ejecutado el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación.

Para la determinación del citado 20 por 100 de ejecución del contrato, en los contemplados en el art. 173.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y cuando las necesidades de la Administración son inferiores a las

previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, se han formulado consultas sobre qué importe hay que tomar de base para calcular el 20%, si es sobre el importe límite del contrato, que figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares y ha servido de base para el cálculo de la fianza definitiva, o es sobre el importe de las peticiones de bienes realmente entregados y recepcionados.

Esta consulta tiene su mayor trascendencia en aquellos contratos de duración plurianual y en los que existe una gran desviación entre las previsiones iniciales y las entregas realizadas, pudiéndose dar el caso que nunca se alcance el 20%, con lo cual el contratista soportará un doble perjuicio: no tendrá derecho a revisión de los precios ofertados y, al haber realizado la oferta en función de las previsiones iniciales de la Administración, ofertó precios más bajos que los que hubiera realizado de haber sido menor las previsiones iniciales.

3 - El artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que entre los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación de los concursos se podrá utilizar "la fórmula de revisión".

La revisión, según establece el art. 105 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se podrá llevar a cabo mediante "los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación", y el art. 104.3 dispone que "el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable". Al hacer mención el art. 87 solamente a "las fórmulas de revisión" y no a la "fórmula o sistema de revisión", han surgido dudas sobre si se podrá utilizar como criterio de adjudicación el índice o sistema de revisión que sea distinto al concepto de fórmula."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Claramente aparecen deslindadas en el escrito de consulta las tres cuestiones básicas sobre las que se solicita informe, que deberán ser examinadas por separado, consistiendo la primera en determinar el alcance y significado de la expresión "fórmulas de carácter oficial" utilizada por el artículo 105. 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 25.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, aplicables, a la revisión de precios en contratos que no sean de obras o de suministro-fabricación; la segunda en fijar el criterio para el cómputo del 20 por 100 del importe del contrato, que el artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera exento de revisión, en los supuestos de suministros contemplados en el artículo 173. 1 de la propia Ley, y la tercera en precisar el alcance de la expresión "fórmula de revisión" que el artículo 87 de la Ley enumera como uno de los criterios objetivos que podrán utilizarse para la adjudicación de los concursos y, más concretamente, si podrá utilizarse el índice o sistema de revisión que sea distinto del concepto estricto de fórmula.

2. Para resolver la primera cuestión suscitada -la del alcance y significado de la expresión "fórmulas de carácter oficial" utilizada por el artículo 105.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 25.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la misma para su aplicación a contratos que no sean de obra o de suministro-fabricación-, se hace preciso acudir a la regulación de la revisión de precios en la anterior legislación de contratos del Estado, para determinar la finalidad de las innovaciones introducidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y comprender su significado.

Sabido es que en la anterior legislación de contratos del Estado la revisión de precios quedaba limitada a los contratos de obras y por la aplicación de las normas de éstos últimos prevista en el artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado, el pliego de bases de los contratos de suministro-fabricación podía también establecer la revisión de

precios para ellos. El Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, era el que regulaba el mecanismo de la revisión de precios acudiendo al sistema de fórmulas tipo para las diferentes clases de obra y de índices oficiales de precios, referidos a cada mes, aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto de los contratos de obras y suministro fabricación, no ha alterado el sistema de la legislación anterior como claramente queda expresado en su artículo 105.1 que después de declarar que la revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación añade que "no obstante, en los contratos de obras y en los de suministro de fabricación, el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobará fórmulas tipo según el contenido de las diferentes prestaciones comprendidas en el contrato", aclarando la disposición transitoria segunda que, hasta tanto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, se aprueben fórmulas tipo para la revisión de precios, seguirán aplicándose las aprobadas durante la vigencia de la anterior legislación. Por su parte, el artículo 106 se refiere a los índices que deben aplicarse a las fórmulas estableciendo que serán aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Una de las innovaciones más significativas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la legislación anterior, aparte de variar el significado de la revisión de precios, convirtiéndola en regla general, ha sido la extensión de la misma a los contratos de suministro y a los de consultoría y asistencia y de servicios, según resulta del artículo 104 que la excluye sólo para los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales y, en consecuencia, el artículo 105.1, como hemos indicado, incorpora la norma, aplicable a los contratos que no sean de obras y de suministro-fabricación, que tienen una regla específica, que la revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación, confirmando la prescripción del artículo 104.3 de que el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable. Para aclarar las dudas que la redacción de los artículos 105, apartados 2 y 3 y 106 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podían suscitar al referirse a fórmulas e índices de revisión sin ligarlos con carácter exclusivo a los contratos de obras y suministro-fabricación, el artículo 25 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley, trata de aclarar, en sus dos apartados, el régimen de revisión, por un lado, para los contratos de obras y suministro fabricación precisando que se llevará a cabo aplicando a las fórmulas tipo aprobadas por el Consejo de Ministros los índices mensuales de precios aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y, por otro lado, para los restantes contratos, es decir, los de suministro, consultoría y asistencia y de servicios, estableciendo que la revisión de precios se llevará a cabo mediante aplicación de los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares en el que, además, se consignará el método o sistema para la aplicación concreta de los referidos índices o fórmulas de carácter oficial.

Resulta así claro, a juicio de esta Junta, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, han venido a establecer, para los contratos que no sean de obra o de suministro fabricación, a los que se aplicará idéntico sistema que en la legislación anterior (fórmulas tipo aprobadas por el Consejo de Ministros e índices aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos) otro sistema distinto cuyas exigencias son que se base en fórmulas o índices de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con lo que se demuestra la intención del legislador de establecer un sistema más flexible que el establecido para los contratos de obras y suministro fabricación, cuya única exigencia

-que se trate de fórmulas o índices de carácter oficial- deja en libertad al órgano de contratación para elegir, -entre las existentes y las que puedan existir en el futuro- la que considere más adecuada a la naturaleza y objeto del contrato, entre ellos y como más significativo el índice de precios al consumo, excluyendo únicamente aquellos índices o fórmulas que por su carácter meramente subjetivo o por su nula difusión no merezcan el calificativo de oficiales.
Lo razonado hasta aquí permite dar respuesta a las preguntas concretas en este apartado del escrito de consulta se formulan en el sentido de que el órgano de contratación queda en libertad para determinar el índice o fórmulas de carácter oficial, sin que se exija la aprobación concreta de ningún otro órgano, que las fórmulas de carácter oficial no tienen que tener una estructura determinada ni figurar en ellas un sumando fijo no superior a cero enteros quince centésimas (0,15) a que se refiere el artículo 3º del Decreto-Ley 2/1964 y que los índices a emplear no requieren la aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

3. En cuanto al segundo extremo consultado -el de si en los casos del artículo 173.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para fijar el 20 por 100 de ejecución ha de atenderse al importe límite del contrato o al importe de bienes realmente entregados y recepcionados -hay que empezar señalando que aunque la referencia de la consulta lo es al artículo 173.1, debe centrarse exclusivamente en el apartado a), por ser los contratos mencionados en dicho apartado, que se corresponden con el concepto civil del suministro, más restringido que el concepto administrativo, los que suscitan el problema planteado, al ser caracterizados como aquéllos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se definía con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.
De las dos soluciones que se apuntan en el escrito de consulta -tomar para calcular el 20 por 100 de ejecución necesario para aplicar la revisión de precios el importe límite del contrato o el importe de bienes realmente entregados y recepcionados -solo la primera se ajusta a las prescripciones la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,sin que, por otra parte, se alcance a comprender como puede realizarse el cómputo del 20 por 100 de los bienes realmente entregados y recepcionados, ya que ello supondría, en realidad, eliminar este requisito del 20 por 100 de ejecución que exige el artículo 104.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para que proceda la revisión de precios. Por otra parte el criterio del importe total, basándolo en la capitalización del importe de la garantía definitiva, ha sido el mantenido por esta Junta en su informe de 26 de julio de 1995 (Expediente 20/95) en un supuesto muy similar al presente, a efectos de revisión de precios, cual es el de los concursos para la determinación de tipo previsto en el artículo 183 g) y 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
Por último, en este apartado, debe consignarse que las circunstancias consignadas en el escrito de consulta de perjuicios para el contratista no deben ser determinantes de la solución contraria a la propugnada, pues aparte de que el contratista adjudicatario se encontraría en este extremo en situación idéntica a la de la legislación anterior, por incumplir un requisito establecido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cierto es que estos posibles perjuicios pueden y deben ser tomados en consideración por el propio contratista, al formular su proposición económica, en la que debe prever la posible inaplicación de la cláusula de revisión de precios por no alcanzar el 20 por 100 del límite total previsto en la adjudicación del contrato.

4. En cuanto al tercer extremo consultado -si entre los criterios objetivos para la adjudicación del concurso que enumera el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede incluirse el índice o sistema de revisión y no exclusivamente la fórmula- todas las dificultades que puedan plantearse deben

desaparecer si se tiene en cuenta que el citado artículo 87, aparte de la exigencia de que los criterios de adjudicación del concurso sean objetivos se limita a realizar una enumeración ejemplificativa o no exhaustiva al encabezar esta enumeración, en la que figura la fórmula de revisión, con la expresión "tales como", por lo que debe concluirse que, por concurrir el mismo carácter de objetividad, entre los criterios de adjudicación del concurso, pueden figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la expresión "índices o fórmulas de carácter oficial" utilizada por el artículo 105.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por el artículo 25.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo no puede identificarse con las fórmulas tipo e índices aplicables a la revisión de precios en los contratos de obras y suministro fabricación y, en consecuencia, aquellos índices o fórmulas no tienen que ser aprobados por el Consejo de Ministros, ni por la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, ni ajustarse a estructuras, ni incluir sumandos determinados.

2. Que el requisito de que se haya ejecutado el 20 por 100 del importe del contrato establecido en el artículo 104.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de computarse en relación con el importe límite del contrato en los supuestos contemplados en el artículo 173 1 a) de la propia Ley.

3. Que el carácter no limitativo y simplemente ejemplificativo de la enumeración de criterios objetivos de adjudicación que contiene el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina que entre estos criterios no sólo puedan incluirse la fórmula de revisión, sino también por su carácter objetivo, los índices o sistemas de revisión.

Informe 49/96, de 22 de julio de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Clasificación. Dudas sobre clasificación exigida en la contratación del mantenimiento del alumbrado público y otras dependencias municipales.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Suances (Cantabria) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Por este Ayuntamiento de mi Presidencia se ha tramitado expediente de contratación correspondiente al de "Mantenimiento del Alumbrado Público y otras dependencias municipales" el cual fue considerado como contrato de gestión de servicios e incluido dentro de los del artículo 197.3 c de la Ley 13/95 de 18 de mayo al ser su objeto "el servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado público exterior del municipio de Suances y de las instalaciones de suministro eléctrico de diversas dependencias municipales".

En el pliego de condiciones, así como en el anuncio de licitación, se hizo constar como clasificación del contratista la siguiente:

Categoría: A, Grupo C, servicios de Conservación y mantenimiento.

Los citados pliegos de condiciones fueron expuestos al público, simultáneamente con el anuncio de licitación, no siendo objeto de reclamación.

Al efectuar la apertura de las proposiciones se indicó por la Secretaria que se había observado un error en cuanto a la clasificación exigida, ya que se utilizó para su determinación el RD 609/82 debiéndose aplicar realmente el 52/91, por lo que la denominación actual de la clasificación exigida debía ser la de Categoría A, Grupo III, subgrupo 5, conservación y mantenimiento de bienes inmuebles.

No obstante de las plicas presentadas dos no aportaban clasificación y otras dos aportaban la correspondiente a la clasificación de contratistas de obras copia de las cuales se adjunta con este escrito.

Existiendo por tanto en esta Alcaldía dudas sobre las clasificaciones realmente exigibles y la validez de las presentadas, se solicita al amparo de lo establecido en el RD 30/91 de 18 de enero, informe de esa Junta Consultiva en relación a los siguientes extremos:

a) Si la clasificación exigida, es decir, Categoría A, grupo III, subgrupo 5, era la correcta dado que el contrato se configura como prestación de servicios y la realización de obras, tales como reparaciones de las instalaciones, se configuraba como suplementaria, siendo su importe estimado muy inferior al de mantenimiento.

b) Si las clasificaciones presentadas, copia de las cuales se les adjunta, pueden ser consideradas válidas o realmente no atienden a la entidad de la contratación que se pretende.

c) En caso de no ser válida y dada la importancia del contrato para el Ayuntamiento, que exige la menor demora posible en su formalización, se solicita se informe sobre el órgano competente para autorizar a este Ayuntamiento la excepción prevista al (sic) artículo 25,3 de la Ley 13/95."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta resultan ser varias las cuestiones suscitadas que, para un examen sistemático de las mismas y siguiendo el mismo orden en que enuncian en el escrito de consulta deben comenzar por la de determinar la clasificación exigible en el contrato convocado por el Ayuntamiento de

Suances, continuar con el examen de los certificados de clasificación aportados por los licitadores y el extremo concreto de su validez, más bien de los efectos que deben producir y concluir con el análisis de las consecuencias jurídicas en el caso que se estime que los certificados aportados no pueden surtir efectos para la adjudicación del contrato.

2. Aunque existe alguna imprecisión terminológica en el escrito de consulta del Alcalde del Ayuntamiento de Suances al referirse al "contrato de gestión de servicios" lo cierto que en el mismo escrito queda claro que se trata de un contrato de servicios de los regulados en el Título IV, Libro II, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas concretamente incluido en el artículo 197.3.c) de la propia Ley que tiene por objeto "el servicio y mantenimiento y conservación del alumbrado público exterior del municipio de Suances y de las instalaciones de suministro eléctrico de diversas dependencias municipales".
Ignorándose la cuantía del contrato y no pudiendo pronunciarse esta Junta, en consecuencia, sobre la categoría de la clasificación exigible se puede afirmar que, en cuanto al grupo y subgrupo resultaba procedente exigir clasificación en el Grupo III, subgrupo 7 de los enumerados en el artículo 6º del Real Decreto 609/1982, de 12 de noviembre, modificado por el Real Decreto 52/1991, de 25 de enero, en la norma 1ª; de la Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por la Orden de 30 de enero de 1991 y según resulta de la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se hace público el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresas consultoras y de servicios, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 145 de 18 de junio de 1991.
En el escrito de consulta se indica que se padeció un error consistente en exigir clasificación en el grupo C, subgrupo 5, al utilizarse para su determinación el Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero y la Orden de 24 de noviembre de 1982, sin tener en cuenta las modificaciones introducidas en el año 1991 en el texto del Real Decreto y Orden citados. Sin embargo tal consideración no puede determinar efecto invalidante de la convocatoria producida ya que, en primer lugar, la única conclusión jurídicamente correcta que debe sentarse es la de que el órgano de contratación, al lado de los certificados acreditativos de la clasificación en el grupo III, subgrupo 7, que es la procedente con arreglo a la normativa vigente, debió admitir, si existían y hubieran sido presentados certificados acreditativos de la clasificación en el grupo C, subgrupo 5, con arreglo a la normativa anterior, incluso por las dudas que pudiera suscitar al órgano de contratación, aunque se ha indicado quedan aclaradas en la Resolución de la Dirección General del Patrimonio, certificados acreditativos de la clasificación en el grupo III, subgrupo 5 y no 7 y, en segundo lugar y, sobre todo, porque la solución procedente de utilización del procedimiento negociado sin publicidad a la que se aludirá posteriormente, por no haberse presentado certificados de clasificación adecuados, ni con arreglo a la normativa anterior, ni con arreglo a la normativa vigente, produce resultados análogos a los que produciría la anulación de la convocatoria.

3. De los antecedentes remitidos resuelta que de las cuatro empresas presentadas dos no aportaban certificado de clasificación y otras dos aportaron certificado acreditativo de su clasificación como contratistas de obras.
Reiterando el criterio de esta Junta mantenido en sus informes de 22 de marzo de 1995 (Expediente 3/95) y de 5 de junio de 1996 (Expediente 22/96) se entiende que, por aplicación de los artículos 6 y 32.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo el primero de que en los contratos que contengan prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distintas clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico y el segundo, a propósito

de la clasificación de uniones temporales de empresarios, que las empresas que concurran en la unión temporal han de obtener previamente clasificación como empresa de obras, o de consultoría y asistencia o de servicios, en relación con el contrato al que opten, resulta evidente que en el presente caso, conforme a lo indicado en el apartado 2 de este informe y lo consignado en el escrito de consulta de que se trata de un contrato de prestación de servicios y realización de obras, tales como reparaciones de instalaciones, aunque estas últimas se configuran como suplementarias y de importe estimado muy inferior al de mantenimiento, la clasificación exigible era la correspondiente a contratos de consultoría y asistencia y de servicios, que es lo que se consignó en el pliego, aunque se configuraran erróneamente el grupo y subgrupo y, por tanto la presentación de certificación de clasificación de contratistas de obras, que no era la exigible y exigida, equivale a la falta de clasificación, pudiendo concluirse que, por falta de licitadores -dos empresas sin clasificación y otras dos sin la clasificación adecuada- el procedimiento de adjudicación -se supone que el concurso- tiene que ser declarado desierto por falta de licitadores que reúnan los requisitos de capacidad exigidos, dado que tal carácter se atribuye a la clasificación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo el mismo criterio de la anterior legislación de contratos del Estado.

4. Aunque no debe descartarse la solución de que el Ayuntamiento de Suances convoque nuevo procedimiento abierto o restringido para la adjudicación del contrato, en el que obviamente deberá precisarse con exactitud la clasificación exigida, lo cierto es que también puede utilizar el procedimiento negociado sin publicidad fundándose en el apartado a) del artículo 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues este artículo y apartado se refiere a falta de licitadores, mientras que el apartado a) del artículo 210 hace referencia, pese a su aparente similar redacción, a proposiciones u ofertas económicas irregulares o inaceptables presentadas por licitadores con capacidad y, por tanto, admitidos a licitación.

5. El último extremo consultado en el escrito del Alcalde del Ayuntamiento de Suances es el relativo a la determinación del órgano competente para autorizar al Ayuntamiento la excepción prevista al (debe ser en el) artículo 25.3 de la Ley 13/1995. La respuesta a tal extremo no suscita dificultad alguna pues la propia redacción y apartado en relación con el artículo 29, se deduce que la autorización para contratar con personas no clasificadas, en los casos de contratos de Ayuntamientos, corresponde indistintamente al Consejo de Ministros, previo informe de esta Junta Consultiva o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, es decir, de Cantabria.
Lo que si parece oportuno consignar es el criterio de esta Junta contrario a que el supuesto de hecho que da lugar al presente informe sea configurado como supuesto excepcional que por conveniencia para los intereses públicos deba dar lugar a la autorización para contratar con empresas no clasificadas, pues es difícil imaginar que en todo el territorio nacional no existan suficientes empresas clasificadas en el grupo III, subgrupo 7, para adjudicar a cualquiera de ellas, mediante procedimiento negociado sin publicidad, el contrato, a no ser que se pretenda adjudicar el mismo a alguna de las empresas que concurrieron sin clasificación o con clasificación como contratistas de obras, lo cual, evidentemente supondría un ataque frontal al principio de libre concurrencia, básico en la contratación administrativa y una manera fácil de eludir requisitos como el de la clasificación, que con carácter inexcusable exige la Ley y cuya dispensa excepcional ha de estar basada en motivos de interés público que, en modo alguno, puede identificarse con el de las empresas concurrentes, siendo de advertir, por último, que las razones de celeridad apuntadas pueden cumplirse más satisfactoriamente con la utilización del procedimiento negociado sin publicidad que con la tramitación de un expediente de dispensa de clasificación por motivo de interés público.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que para el contrato a celebrar por el Ayuntamiento de Suances de "Mantenimiento del Alumbrado Público y otras dependencias municipales" la clasificación adecuada es la del grupo III, subgrupo 7, según resulta del Real Decreto 609/1982, de 12 de noviembre, nuevamente redactado por el Real Decreto 52/1991, de 25 de enero, de la Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por Orden de 30 de enero de 1991 y de la Resolución de 17 de mayo de 1991 de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

2. Que la falta de clasificación de dos empresas y la aportación de certificados de clasificación como contratistas de obras por otras dos por falta de un requisito de capacidad en todas ellas debe entenderse como un supuesto de falta de licitadores que autoriza la utilización del procedimiento negociado sin publicidad al amparo del apartado a) del artículo 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que el supuesto de hecho concurrente no resulta encajable en el artículo 25.3 de dicha Ley a los efectos de que excepcionalmente, porque se considere conveniente a los intereses públicos, se autorice al Ayuntamiento de Suances por el Consejo de Ministros o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la celebración del contrato con empresa no clasificada.

Informe 55/96, de 18 de octubre de 1996. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Naturaleza jurídica de la relación entre el depositario de bienes embargados y la Tesorería General de la Seguridad Social y calificación de los contratos para la asistencia jurídica por abogados en ejercicio y para la valoración de bienes por peritos.

ANTECEDENTES.

Por el Interventor General de la Seguridad Social se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

"Recientemente se han venido planteando a este Centro directivo, por parte de distintas intervenciones delegadas, algunas cuestiones en las que se plantean dudas sobre la adecuación de determinados procedimientos en materia de contratación.

Básicamente, las cuestiones planteadas son las siguientes:

1. La Tesorería General de la Seguridad Social, en numerosas ocasiones, tiene la necesidad de contratar, con terceros, el depósito de bienes embargados por la misma dentro del procedimiento de apremio, de acuerdo con los artículos 136 a 138 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social.

En concreto, el problema se plantea en los supuestos del artículo 136.2, apartados b), c) y d), pues en estos casos y a tenor del artículo 138.1, el depositario tiene derecho a la retribución convenida por la prestación e sus servicios y al reembolso de los gastos que haya soportado por razón del depósito, cuando no estén incluidos en dicha retribución.

Las cuestiones concretas que se someten al parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa son las siguientes:

a) Naturaleza jurídica de la relación entre el depositario de bienes embargados, en los supuestos del artículo 136.2, apartado b), c) y d), y la Tesorería General.

b) Régimen jurídico aplicable a la preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato.

Criterio de este Centro Directivo

Respecto a la primera cuestión, parece evidente que la relación jurídica objeto de análisis presenta perfiles concurrentes con el contrato previsto en los artículos 1759 y siguientes del Código Civil, pero a nuestro juicio existe una diferencia sustancial y es que el contrato civil de depósito se basa en la autonomía de la voluntad, mientras que el previsto en el Real Decreto 1637/1995 citado viene exigido por el procedimiento administrativo de apremio, rigiéndose en su relación con la Tesorería General por los artículos 136 a 138 del Real Decreto mencionado y por la legislación de contratos del Estado, en lo no previsto en la Sección 3ª;, Capítulo II, del Título III de la expresada norma.

Llegados a este punto y dado que una de las partes contratantes es la Tesorería General de la Seguridad Social, es preciso determinar si, de acuerdo con la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas, se trata de un contrato administrativo o de un contrato privado de la Administración, lo cual nos delimitará el régimen jurídico aplicable al mismo.

El artículo 5 de esta Ley establece el carácter administrativo y privado de los contratos, indicando los casos en que un contrato es administrativo (ya sea típico, ya sea especial) y aquéllos en que es privado.

En principio, y salvo mejor parecer, este Centro directivo entiende que el contrato objeto de consulta no es un contrato de obras, ni de suministros, ni de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, pueden existir dudas acerca de si podría ser un contrato de servicios de los regulados en el artículo 197.3 de la Ley, dada la amplitud con la que está configurado este Centro directivo es que no puede considerarse contrato de servicios, porque es difícil su encaje en los supuestos que establece el artículo 197, apartados 2 y 4, si bien podría tener acomodo en el apartado e. a) de dicho artículo, y más en concreto en el inciso "o cualquier otro de naturaleza análoga".

Sin embargo, la delimitación negativa que establece el artículo 197.3 a, al disponer "siempre que no estén comprendidos..., o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro", hace que el contrato que comentamos no se considere de servicios, sino administrativo especial por los siguientes motivos:

El artículo 5.2.b) de la Ley 13/95 dispone que son contratos administrativos:

"Los de objetos distintos a los anteriores expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley."

En ese sentido, diversa jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que basta que se dé una de las notas anteriores para que el contrato sea administrativo, no siendo por tanto necesario la concurrencia de todas ellas.

En el caso que nos ocupa, la prestación realizada por el depósito no tiene por finalidad servir de instrumento necesario para la realización, por parte de la Administración, de sus actividades y satisfacer así el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia, lo que parece responder a la segunda característica exigida por el artículo 5.2.b citado.

A mayor abundamiento, el artículo 4.2 de la anterior Ley de Contratos del Estado, al establecer el régimen jurídico de los contratos, disponía: "Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte...", a los cuales calificaba como contratos administrativos especiales, si se daba en ellos alguna de las notas o características que en iguales términos mantiene el artículo 5.2 de la L.C.A.P.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el régimen jurídico aplicable en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, será, según el artículo 7 de la Ley 13/95, el siguiente:

- En primer lugar, se regirá por sus propias normas con carácter preferente(artículos 136 a 138 del Real Decreto 1637/1995).

- En segundo lugar, por la Ley 13/95 y sus disposiciones de desarrollo.

- Supletoriamente, por las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado.

Las normas propias citadas (artículos 136 a 138 del Real Decreto 1637/95) no contienen disposiciones respecto de la preparación y adjudicación del contrato, salvo la previsión del artículo 136.2, por lo que será de aplicación la normativa establecida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

De lo expuesto se deduce que la preparación y adjudicación del contrato se regirá por el Libro I de la Ley 13/95 y los efectos y extinción por la normativa propia (artículos 136 a 138 del Real Decreto 1647/95) y supletoriamente por la Ley 13/95, el resto del derecho administrativo y, en su defecto, el derecho privado.

Ello significa que ha de tramitarse el correspondiente expediente de contratación, con sujeción a la L.C.A.P., y adjudicarse por alguna de las formas previstas en la misma.

2 - El segundo aspecto que se somete a la consideración de esa Junta Consultiva de contratación Administrativa se refiere a la figura de los letrados apoderados.

El INSALUD, Entidad Gestora de la Seguridad Social, con carácter habitual, está contratando abogados en ejercicio para que éstos realicen la defensa judicial de la entidad y otros actos extrajudiciales, como son reclamación de deudas a terceros etc., en aquellas provincias donde la Asesoría Jurídica de la Entidad no dispone de personal suficiente, o incluso los puestos están vacantes.

Para ello el INSALUD contrata un abogado, le otorga un poder notarial para pleitos y le abona sus servicios de acuerdo con una tabla de precios que se contiene en la Circular 10/91, de 17 de junio, de la Dirección General.

En relación con esta problemática se plantean las siguientes cuestiones:

a) Naturaleza jurídica de la relación entre el letrado-apoderado y el INSALUD.

b) Régimen jurídico aplicable en la preparación y adjudicación del contrato.

c) Posibilidad de tramitar un concurso de determinación de tipo.

Criterio de este Centro directivo

a) Por lo que se refiere a la primera cuestión hay que indicar que civilmente se trata de una relación jurídica por la que una persona se compromete ante otra a efectuar una actividad o trabajo a cambio de un precio.

Por tanto, la cuestión se centra en determinar, ya que uno de os contratantes es la Administración, si el contrato es administrativo o privado, pues el régimen jurídico aplicable será distinto, en función de la naturaleza administrativa o privada del mismo.

En principio, el artículo 5.2 establece lo que se entiende por contratos administrativos típicos y especiales. Y el artículo 5.3 del mismo texto dispone que los restantes contratos que celebre la Administración tendrán la consideración de contratos privados.

Del análisis del artículo 5 parece deducirse que no estamos ante un contrato administrativo especial, por no darse ninguna de las notas que los configuran como tales, ni ante un contrato de obras, suministros o gestión de servicios públicos, por lo que el problema se limita a discernir si estamos ante un contrato de los regulados en el Título IV de la L.C.A.P., o ante un contrato privado.

Dentro del Título IV del Libro II, de la L.C.A.P. se distinguen tres tipos de contratos y no hay duda que la raíz de estos contratos es el contrato de arrendamiento de servicios civil, bajo la modalidad del "do ut facias", dado que todas las modalidades del Título IV refieren a la adquisición de una serie de prestaciones de terceros mediante el pago de un precio.

El artículo 197 establece lo que se entiende por contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales. De la lectura de dicho artículo parece deducirse que el objeto del contrato a que se refiere la consulta no encaja en ninguno de los objetos que al artículo 197.2 establece para los contratos de consultoría y asistencia. Asimismo, tampoco parece que pueda utilizarse el contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, aunque los perfiles de estos contratos están poco definidos.

Sin embargo, sí podría encajar en el contrato de servicios definido en el artículo 197.3 de la L.C.A.P., en concreto al amparo de la expresión "... o cualquier otro de naturaleza análoga" que, a nuestro juicio, dibuja unas posibilidades tan amplias que permite acoger bajo su órbita el objeto contractual que comentamos.

Esta idea vendría avalada por el artículo 199 de la Ley, que al fijar el plazo de duración de estos contratos, en su apartados 5 dispone que los contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración tendrán la duración precisa para

atender adecuadamente sus necesidades. Asimismo, el artículo 207 de la L.C.A.P. al enumerar las categorías de los contratos, a efectos de su publicidad, menciona en el apartado 21 de los servicios jurídicos, signo, a nuestro juicio, inequívoco de que estamos en presencia de un contrato de servicios.

No obstante, esta elación jurídica puede plantear problemas ya que, conforme al artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estos letrados ostentan la representación y defensa de la Entidad y conforme al artículo 197.5 de la L.C.A.P. no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Y no puede olvidar que en el desarrollo de los procedimientos judiciales pueden tener lugar actos que, como el desistimiento o el allanamiento de la Administración, pueden implicar una decisión sobre las facultades, derechos e intereses de la misma, o lo que es lo mismo sobre potestades de la Administración que tiene el carácter de irrenunciables e indisponibles.

Ahora bien, esta objeción podría salvarse mediante la inclusión, en el pliego, de cláusulas prohibiendo al letrado determinados actos y limitando su representación, extremos que también deberían hacerse constar en el poder.

b) Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a la selección y adjudicación del contrato, una vez calificado éste como de servicios, habrá que estar a lo establecido en la L.C.A.P., siendo por tanto aplicables los procedimientos y formas de adjudicación en ella previstos.

c) En cuanto a la posibilidad de tramitar un concurso de determinación de tipo, conviene señalar que el artículo 211.f de la L.C.A.P. permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, en los casos de contratos de servicios cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, de acuerdo con lo previsto en este Título.

Y sigue diciendo el citado artículo que, cuando se trate de servicios de utilización específica por un departamento ministerial, la declaración de uniformidad corresponderá al mismo, previo informe de la Dirección General de Patrimonio.

Todo lo cual ahonda en la idea de que es posible la celebración de dicho concurso, si previamente se declara la uniformidad para su utilización común por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

3 - Por último, otra de las cuestiones debatidas es la relativa a la relación jurídica entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los peritos tasadores.

El artículo 139.1.b del Real Decreto 1637/1995, dispone que, cuando no exista acuerdo entre las partes, el órgano de recaudación solicitará nueva valoración por perito adecuado, designado, en su caso, por asociaciones profesionales o mercantiles y que deberá realizar la valoración en plazo no superior a quince días desde su designación.

Asimismo, el artículo 116 de la Orden de 22 de febrero de 1996, por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (B.O.E. de 29 de febrero de 1996), dispone:

"La valoración de los bienes objeto de embargo a que se refiere el artículo 139 del Reglamento General se efectuará a petición del Recaudador Ejecutivo de la Seguridad Social, por persona física o jurídica, perita o experta, designada colaboradora a estos efectos mediante concurso de ámbito estatal o provincial.".

En relación con ello se plantean las siguientes cuestiones:

a) Naturaleza jurídica de la relación existente entre la Tesorería General y el perito.

b) Posibilidad de celebrar un concurso de determinación de tipo.

Criterio de este Centro directivo

Al igual que en el supuesto del epígrafe 2, se trataría de un contrato de arrendamiento de servicios, que puede tener acomodado en alguna de las figuras reguladas en el Título IV, Libro II de la L.C.A.P.

En concreto, podría tener encaje en la figura del contrato de consultoría y asistencia definido en el artículo 197.2 a):

"Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, proyectos de carácter técnico, etc.".

Y ello es así porque lo propio de este contrato es que el servicio que recibe la Administración viene configurado por una prestación intelectual, llámese ésta informe, estudio, etc.

Además, si no fuera posible al acomodo en alguno de los objetos enumerados por el artículo citado, quedaría el último párrafo del artículo 197.2 b:

"Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual".

Lo cual viene a corroborar la idea de que con estos contratos se pretende abarcar toda la posible gama de servicios intelectuales o inmateriales que pueda precisar la Administración.

Por lo que se refiere a la posibilidad de celebrar concurso de determinación de tipo, se entiende que, si el contrato es calificado como de consultoría y asistencia, ello es posible por las mismas consideraciones que se han realizado en el epígrafe 2, anterior".

Todo lo cual se somete a la consideración de dicha Junta, al amparo de los artículos 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Siguiendo el mismo orden y estructura del escrito en el que se formula la consulta resultan ser tres las cuestiones que se suscitan, cuyo examen y resolución procede realizar con independencia, consistiendo la primera en determinar la naturaleza jurídica de la relación entre la Tesorería General de la Seguridad Social y el depositario de bienes embargados y el régimen jurídico aplicable a la preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato; la segunda en determinar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a la relación entre letrados-apoderados y el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y la posibilidad de tramitar, en estos casos, un concurso para la determinación de tipo y, finalmente la tercera en determinar la naturaleza y régimen jurídicos de la relación existente entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los peritos tasadores y la posibilidad, asimismo, de celebrar un concurso para la determinación de tipo.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada -naturaleza y régimen jurídico de la relación entre la Tesorería General de la Seguridad Social y el depositario de bienes embargados- su solución debe partir de lo preceptuado en el artículo 136.3 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, a cuyo tenor, en los casos de depósitos en locales de empresas dedicadas habitualmente a depósito y en locales de personas físicas o jurídicas, distintas del deudor, que ofrezcan garantías de seguridad y solvencia "las relaciones entre la Dirección General de la Seguridad Social y el depositario se regirán por la legislación de contratos del Estado en lo no previsto en los artículos siguientes de esta Sección".

Dos precisiones previas deben realizarse antes de determinar el alcance de la remisión del citado artículo 136.3, del Reglamento de Recaudación, siendo la primera la de que aunque la remisión se hace a la legislación de contratos del Estado debe entenderse referida a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, vigente ya a la entrada en vigor del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, y la segunda que aunque la remisión se hace para los supuestos de los apartados c) y d)

del artículo 136.2 (locales de empresas dedicadas habitualmente a depósitos y locales de personas físicas o jurídicas distintas del deudor) también debe extenderse, por existir idénticas razones, al supuesto del apartado b) (locales de otros entes públicos), siempre que la relación entre estos últimos y la Seguridad Social se actúe por la vía del contrato administrativo y no por la vía del convenio de colaboración prevista en el artículo 31 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, criterio este último que, según ha informado reiteradamente esta Junta, es el normal entre entes públicos y que queda exceptuado de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Con las salvedades indicadas, hay que entender que la remisión que el artículo 136.3 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social hace a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas permite resolver la cuestión de la calificación contractual entre la Tesorería de la Seguridad Social y el depositario de bienes embargados.

En principio, debe afirmarse que dicha relación contractual no resulta encajable en ninguno de los contratos típicos regulados en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, obras, gestión de servicios públicos, suministro y consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales, pues, aunque como se indica en el escrito de consulta pudiera suscitar dudas la calificación del contrato como de servicios incluido en la última categoría citada, dicha calificación debe quedar descartada porque la misma implicaría la aplicación total de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en contra de la dicción expresa del artículo 136.3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre que no prevé una aplicación total de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas sino sólo en defecto de las que consignan los artículos 137 y 138 del citado Reglamento.

Por el contrario hay que entender que el contrato que examinamos tiene encaje en la categoría de contratos administrativos especiales, definidos en el artículo 5.2 b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los de objeto distinto a los contratos típicos, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una Ley, resultando claro que, prescindiendo de esta última posibilidad inexistente en este caso, se puede apreciar la concurrencia de las otras dos para encajar el contrato en el concepto de contratos administrativos especiales.

Esta es por otra parte, la solución que daba la Ley de Contratos del Estado a la misma cuestión, enumerando entre los contratos administrativos especiales en la regla 2ª; de su artículo 4, a título ejemplificativo, los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento sociedad y cualesquiera otros de carácter administrativo, sin que la supresión de la enumeración ejemplificativa y la mínima alteración en la redacción de las circunstancias que permiten calificar el contrato como administrativo que realiza la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la Ley de Contratos del Estado pueda determinar un calificativo distinto del contrato en la anterior legislación y en la vigente.

La calificación del contrato de depósito como administrativo especial determina que deba descartarse su consideración como contrato privado, dado que el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define a estos últimos con carácter residual al referirse a los restantes contratos celebrados por la Administración, es decir, a los que no sean contratos administrativos típicos, ni contratos administrativos especiales.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a la preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato de depósito de bienes embargados celebrado por la Seguridad Social viene establecido de manera coincidente en el artículo 7.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 136.3 del Reglamento

aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, resultando de ambos preceptos que estos contratos deben regirse por sus propias normas, con carácter preferente, es decir por las contenidas en los artículos 137 y 138 del citado Reglamento y solo en su defecto por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

3. La segunda cuestión que se suscita es la de determinar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el INSALUD con abogados en ejercicio para que realicen la defensa judicial de la Entidad y otros actos extrajudiciales y la posibilidad, si se trata de contratos administrativos, de tramitar un concurso de determinación de tipo.

A juicio de esta Junta el contrato celebrado entre el INSALUD y un abogado en ejercicio merece la consideración de contrato de los incluidos en la categoría genérica de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos, no habituales, regulados en el Título IV, Libro II de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas y, dentro de los mismos, en la categoría específica de contratos de consultoría y asistencia y ello por encajar en la definición de estos contratos incluida en el artículo 197.2.b), cuarto guión, en cuanto se refiere a cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual. A mayor abundamiento debe señalarse que la inclusión de los servicios jurídicos como una especie de estos contratos resulta claramente de su mención expresa en la categoría 21 de las enumeradas en el artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de las regla específica del artículo 1994. de la propia Ley relativa a la duración de los contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración, pues si los servicios jurídicos no fuesen propios contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración, pues si los servicios jurídicos no fuesen propios contratos de los regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas carecería de sentido la mención de su artículo 207, apartado 21, y la regla de su artículo 199.4.

La observación que se contiene en el escrito de consulta relativa al obstáculo que para la calificación como contratos de servicios supondría el contratar servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, aparte de ser dudoso que los servicios jurídicos impliquen tal ejercicio de autoridad, podría ser solventada, como se indica en el escrito de consulta, mediante las oportunas salvedades en los pliegos.

Calificado el contrato del INSALUD con abogados en ejercicio como un contrato de consultoría y asistencia, la determinación de su régimen jurídico no suscita dificultad alguna, dado que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Aunque pudiera suscitarse dudas sobre la aplicación del artículo 211, apartado f), a los contratos de consultoría y asistencia, por entenderla limitada a los estrictos contratos de servicios, lo cierto es que, al calificar a los primeros el artículo 197.2.b), cuarto guión, aunque con evidente imprecisión terminológica, como contratos cuyo objeto sean otros servicios relacionados con los anteriormente mencionados en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual, nada impide, teniendo en cuenta la regulación unitaria de la Ley para los contratos de consultoría y asistencia y para los de servicios, que se aplique el citado artículo 211, apartado 4), a los contratos que ahora se examinan, siempre como es lógico, que se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo y apartado, es decir, que se haya declarado la previa uniformidad de los servicios, en este caso concreto por el Ministerio de Sanidad y Consumo previo informe de la Dirección General del Patrimonio del Estado y que la

adopción del tipo de los servicios se haya efectuado, previa e independientemente, por concurso, lo que permitirá la utilización del procedimiento negociado para las adjudicaciones concretas derivadas del concurso celebrado.

4. A la última cuestión suscitada -naturaleza jurídica de la relación existente entre la Tesorería General de la Seguridad Social y posibilidad de celebrar un contrato de determinación de tipo -debe dársele idéntica contestación que al supuesto relativo a los contratos con abogados en ejercicio, pues aunque aquí no existen las normas específicas del artículo 207, categoría 21 y del 199.4 de la Ley, lo cierto es que la actividad a desarrollar por los peritos tasadores tiene encaje en la definición que de los contratos de consultoría y asistencia realiza el artículo 197.2 b), guión cuarto, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siéndoles, en consecuencia, y por las razones indicadas, de aplicación el artículo 211 apartado f) de la propia Ley.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la relación contractual entre la Tesorería de la Seguridad Social y los depositarios de bienes embargados debe ser calificada como contrato administrativo especial y, en consecuencia, se regirá por sus propias normas -las contenidas en los artículo 138 y 139 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1637/1995-, y, en su defecto, por las normas que menciona el artículo 7.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entre las que figura, en primer lugar, las de la propia Ley y disposiciones de desarrollo.

2. Que la relación contractual entre el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y abogados en ejercicio para su defensa judicial y otros actos extrajudiciales y la existente entre la Tesorería de la Seguridad Social y los peritos tasadores debe ser calificada como contrato de consultoría y asistencia de los regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, junto con los de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales y que esta calificación permite la celebración de concursos para la determinación de tipo, con fundamento y sujeción a los requisitos establecidos en el apartado f) del artículo 211 de la Ley.

Informe 64/96, de 18 de diciembre de 1996. . Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos Generales. Redacción de proyectos. Innecesariedad de visado de colegios profesionales y no vinculación del precio a tarifas oficiales.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat (Barcelona) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Que a la vista de la nueva legislación en materia de contratos de las Administraciones Públicas, y en particular por lo que se refiere al contrato de consultoría y asistencia para la elaboración íntegra de proyectos de obras, se plantean en este Ayuntamiento importantes problemas de interpretación en relación, por una parte, con la posibilidad de que dichos proyectos de obras no precisen del visado del colegio profesional correspondiente, y por otra, con la necesidad o no que el precio de los citados contratos se remita en exclusiva a la normativa que en materia de honorarios profesionales tienen establecidos los citados colegios.

Por ello, y entendiendo este Ayuntamiento que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, permite interpretar que no es necesario el visado colegial de los proyectos técnicos cuya redacción sea objeto de contratos de consultoría y asistencia, y, que tampoco está vinculada la Administración, a la hora de establecer los precios de estos contratos en sus correspondientes pliegos de cláusulas, por la normativa que a tal efecto tenga establecida cada colegio profesional, especialmente si tenemos en cuenta lo dispuesto por el artículo 203.2 de la citada norma, es por lo que

SOLICITO

Que por el órgano competente de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa se informe sobre la interpretación que, en torno a estos extremos, debe darse a la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se desprende de los términos en que aparece redactado el escrito de consulta, son dos las cuestiones que se someten a conocimiento de esta Junta, que han de ser examinadas y resueltas por separado, consistiendo la primera en determinar si en los contratos de consultoría y asistencia para elaboración íntegra de proyectos de obra se requiere o no el visado del Colegio Profesional correspondiente y la segunda en determinar si el precio de los citados contratos ha de consistir o no necesariamente en los honorarios profesionales establecidos por los citados Colegios Profesionales, anticipándose en el escrito de consulta una contestación negativa a ambas cuestiones, basándose la segunda en el contenido del artículo 203.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada la necesidad o no de visado del colegio profesional para los contratos de consultoría y asistencia que tienen por objeto la elaboración íntegra de proyectos de obras, aunque la misma se suscita en relación con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que destacar que la misma cuestión se suscitaba en relación con la legislación de contratos del Estado, habiendo mantenido esta Junta en su informe de 12 de mayo de 1987 (Expediente 10/87) la conclusión de que "*en los supuestos de obras del Estado, Organismos autónomos y Entidades Locales basta la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente, a que se refiere el artículo 47.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, sin que, en estos casos, resulte procedente el visado del*

Colegio Profesional, aunque las obras se dirijan por profesionales que no sean funcionarios públicos".

Como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la legislación de contratos del Estado no ha introducido variación alguna en este extremo concreto, ni tampoco se ha producido variación normativa en la regulación de Colegios Profesionales y en el Reglamento de Disciplina Urbanística que permitan alterar la conclusión sentada por esta Junta en su citado informe de 12 de mayo de 1987, procede en este momento reiterar los argumentos de este informe que se expresaban en los siguientes términos:

"Sentado lo anterior procede delimitar la cuestión suscitada consistente en determinar si en el caso de obras del Estado, Organismos autónomos y Entidades Locales, cuando dichas obras son dirigidas por profesionales no funcionarios resulta indispensable el visado del Colegio Oficial respectivo -tesis sustentada por el Colegio de Arquitectos de Aragón- o, por el contrario, como se propugna en la Nota informativa de la Dirección General para la Vivienda y Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, basta en estos casos, incluso aunque la dirección se realice por profesionales no funcionarios, la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente.

La Junta Consultiva comparte los criterios expuestos en la tan citada Nota informativa de la Dirección General para la Vivienda y Arquitectura, por entender que la cuestión ha de ser resuelta de conformidad con las normas actualmente en vigor, tanto las contenidas en la legislación de contratos del Estado, como las referentes a Colegios Profesionales y, sobre todo, de conformidad con el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

El artículo 23 de la Ley de Contratos del Estado, en su segundo párrafo, establece que todos los Departamentos ministeriales deberán establecer oficinas o secciones de supervisión de proyectos encargadas de examinar detenidamente los elaborados por las oficinas de proyección y de vigilar el cumplimiento de las normas reguladoras de la materia, precepto desarrollado en los artículos 73 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado y que, con las necesarias especialidades organizativas resulta igualmente aplicable a los Organismos autónomos (disposición final segunda de la propia Ley de Contratos del Estado) y a las Entidades Locales (artículos 5 y 88 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y artículo 111 y siguientes del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril).

Por su parte la Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por Ley 74/1978, de 26 de diciembre, sobre Colegios Profesionales establece en su artículo 5º, apartado q) que corresponde a los Colegios Profesionales "visar los trabajos profesionales de los colegiado, cuando así se establezca expresamente en los Estatutos generales" resultando de los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios e Arquitectos, aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931, y que deben considerarse vigentes en cuanto no se opongan a la Ley de Colegios Profesionales (disposición transitoria primera de esta última) que todos los proyectos y documentos periciales formulados por los colegiados tendrán que ser presentados al Colegio en la forma que determine el Reglamento correspondiente y que estos trabajos serán sellados y aprobados por el Colegio, en el que se llevará un registro de los mismos (artículo 15) y que corresponde a las Juntas de gobierno intervenir para su validez la documentación de los proyectos y direcciones de obras que hayan de tener curso administrativo por medio del sello del Colegio y visar de igual modo todos los informes de carácter privado, periciales, valoraciones, etc., etc., los cuales deberán quedar registrados en el Colegio (artículo 19-1º. d).

De la existencia de estos dos grupos de normas -la legislación de contratos del Estado y la de Colegios Profesionales- se deduce con toda evidencia que así como,

por regla general, el visado de proyectos es competencia de los Colegios Profesionales, se exceptúan los supuestos de obras del Estado, con su extensiva aplicación a obras de Organismos autónomos y Entidades Locales, en que dicho visado corresponde a las Oficinas de Supervisión de Proyectos u órganos específicos que desempeñen sus funciones, sin que este reparto de competencias, confirmado en disposiciones reglamentarias diversas (Decreto 462/1971, de 11 de marzo, modificado por el Real Decreto 129/1985, de 23 de enero, Real Decreto 1618/1980, de 4 de julio y Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero), sea discutido por el Colegio de Arquitectos de Aragón -según se hace constar en la Nota informativa-, cuando se trata de trabajos realizados por técnicos incorporados a su propia organización bajo régimen funcionarial, remunerados con cargo a partidas presupuestarias y con sujeción a las incompatibilidades propias de la función pública, sino exclusivamente si los trabajos se realizan por profesionales en el ejercicio libre en que, por imperativo legal y constante jurisprudencia es obligado -afirma el Colegio de Arquitectos de Aragón- exigir el visado del Colegio Profesional como requisito previo para su tramitación administrativa.

El supuesto que ahora se examina, el de la licencia de obras, viene contemplado en los artículos 45 y siguientes del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio. Después de declarar el artículo 45 la competencia de la Administración, sin perjuicio de la que corresponde a los Tribunales de Justicia, de control e interpretación de la legalidad urbanística y de determinación y calificación de infracciones y el artículo 46 la obligación de los Colegios Profesionales, que tuvieren encomendado el visado de los proyectos técnicos, de denegar dicho visado en supuestos de infracción grave y manifiesta, el artículo 47 en su apartado uno establece que "con anterioridad a la solicitud de licencia ante la Administración municipal, los colegiados presentarán en el Colegio respectivo los proyectos técnicos, con declaración formulada bajo su responsabilidad sobre las circunstancias y normativas urbanísticas de aplicación, pudiendo acompañar la cédula urbanística del terreno o del edificio proyectado o certificado expedido en forma por el Ayuntamiento en el que se haga constar las circunstancias urbanísticas de la finca, o cualquier acuerdo o acto administrativo notificado o publicado que autorice la edificación o uso del suelo, adoptado por la Administración Urbanística". A continuación el apartado dos, aborda directamente la cuestión suscitada declarando expresamente que "en caso de obras del Estado, Organismos autónomos y Entidades Locales, basta la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente".

A juicio de esta Junta, el precepto transcrito es tan claro que no ofrece dudas su interpretación, ya que el verbo "bastar" utilizado con su significado de ser suficiente y no exigir ningún otro requisito viene a demostrar que en estos supuestos de obras del Estado, Organismos autónomos y Entidades Locales se debe prescindir del visado por el Colegio Profesional a que se ha hecho referencia en el artículo 46 y en el apartado uno del propio artículo 47, sin que sea lícito establecer una diferenciación que no resulta de las propias normas que se examinan, entre trabajos dirigidos por funcionarios y por profesionales no funcionarios, pues al citar el apartado dos del artículo 47 únicamente las obras del Estado, Organismos autónomos y Entidades Locales a tales obras, se aplica, cualquiera que sea la dirección funcionarial o profesional no funcionarial, aplicando el antiguo aforismo interpretativo de que donde la Ley no distingue, no debemos distinguir nosotros.

Por lo demás, esta interpretación que se estima la más correcta jurídicamente viene confirmada por una serie de normas citadas anteriormente en la que, sin la distinción que se pretende introducir, se consagra el doble ámbito competencial entre las Oficinas de Supervisión de Proyectos y los Colegios Profesionales y sin que dicha interpretación resulte en contradicción con normas de rango superior, sino que, como también se ha indicado, es una consecuencia de los criterios,

perfectamente compatibles, marcados por la Ley de Contratos del Estado y por la Ley de Colegios Profesionales".

3. Por lo que respecta a la segunda cuestión suscitada -la de si en los contratos de consultoría y asistencia con profesionales el precio ha de consistir o no en los honorarios profesionales fijados por los respectivos Colegios Profesionales- la misma aparece claramente resuelta en el artículo 203.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos de consultoría y asistencia, de los de servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales "se establecerá el sistema de determinación del precio de estos contratos que podrá consistir en un tanto alzado o en precios referidos a unidades de obra o de tiempo o en aplicación de honorarios profesionales según tarifa o en la combinación de varias de estas modalidades". La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incorpora esta norma del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de estudios y servicios, aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 8 de marzo de 1972 y aplicable a los contratos de asistencia técnica en virtud de la disposición transitoria primera del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, con lo que al elevar el rango del precepto, la Ley disipa las dudas que la determinación de la aplicación del mencionado pliego podía suscitar y evita toda clase de cuestiones interpretativas al respecto.

Así lo ha entendido la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado en su informe de 30 de abril de 1996 en el que, después de exponer las posibles dudas que en la legislación anterior había suscitado la cuestión, reflejadas, incluso, en Sentencias contrarias del Tribunal Supremo, considera aclarada definitivamente la cuestión por la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señalando en su conclusión tercera que "*la aplicación de las tarifas oficiales de honorarios profesionales no es obligada para la Administración en los contratos que la misma celebre al amparo de lo dispuesto en el Título IV del Libro II de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que el artículo 203.2 de la misma permite que el precio se fije (alternativamente a aquel sistema) en un tanto alzado, por unidades de obra o de tiempo o por la combinación de varias de estas modalidades, debiendo hacerse constar en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares el sistema de determinación del precio elegido*".

Sin necesidad de reiterar la argumentación del informe citado de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que esta Junta comparte, sí conviene destacar el criterio básico del informe de que "*si la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hubiese pretendido que la Administración quedase vinculada por las tarifas oficiales de los profesionales es lógico que así lo hubiese declarado expresamente e incluso habría prohibido -cuando existan dichas tarifas- el procedimiento de adjudicación mediante subasta (en que el único factor a tener en cuenta es el menor precio) o habría introducido determinadas especialidades en la adjudicación por concurso o por procedimiento negociado, excluyendo de las ofertas y negociaciones la posibilidad de ofrecer precios distintos a los fijados por tarifa*".

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en los contratos de consultoría y asistencia para elaboración íntegra de proyectos de obras no es exigible el visado de tales proyectos por el Colegio Profesional correspondiente siendo bastante, a estos efectos, conforme a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y a la reguladora de los Colegios Profesionales y normativa de disciplina urbanística, la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente.

2. Que en los mismos contratos no resulta necesario que el precio sea fijado con arreglo a tarifas de honorarios profesionales por resultar así del artículo 203.2 de la

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que incorpora, elevándolas de rango, normas ya existentes en la legislación anterior.

Informe 65/96, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Pliegos de clausulas administrativas, generales y particulares. Contenido y previsión en los pliegos de clausulas administrativas particulares del número de licencias de uso en la adquisición de programas informáticos.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Burgos se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El uso de los programas informáticos adquiridos por la Administración suscita una cuestión sobre la que interesa conocer el autorizado criterio de esa Junta y que puede resumirse en los siguientes términos:

a) La cláusula 26 del RD 2572/1973, de 5 de octubre, dispone que "los programas utilizables por la Administración, en virtud de compraventa o arrendamiento.... serán de libre uso de la misma en cualesquiera equipos a su servicios."

De acuerdo con dicha cláusula, cuando la Administración adquiere un programa informático o la licencia para su uso:

1º. Puede utilizarlo precisamente en virtud de una compraventa o arrendamiento, puesto que, según el art. 173.b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, este tipo de adquisición constituye un contrato de suministro cuyo objeto, según el art. 172 de la misma Ley, está integrado justamente por los mencionados negocios jurídicos.

2º. Puede usarlo libremente en cualesquiera equipos a su servicio. Para lo cual, en la mayoría de las ocasiones, necesita reproducir el programa en cada uno de estos equipos, ya que el volumen y complejidad de los actuales programas informáticos no permiten su utilización directa desde el soporte físico en que se suministran (ordinariamente "disquette" o "disco óptico"), sino que precisan un proceso de instalación mediante el que se "descomprimen" los ficheros originarios suministros al adquirir el "software" y se copian en el "disco duro" del ordenador en el que se pretende utilizar.

b) El art. 5.1. de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre (BOE del 24), sobre protección de dichos programas, establece que la reproducción de éstos no necesita autorización de su titular cuando sea necesaria para su utilización por parte del usuario legítimo.

Si, como acaba de exponerse en el anterior apartado a), la Administración, usuaria legítima de un programa, necesita reproducir éste para utilizarlo en cada uno de los equipos a su servicio, parece evidente que concurre el supuesto de hecho contemplado en el indicado precepto legal.

c) La conclusión evidente es que, según la expuesta normativa, la Administración que adquiera un programa"de serie" podría reproducirlo y utilizarlo en cada uno de sus ordenadores sin necesidad de previa autorización de su titular, con independencia de las condiciones que consten en el impreso que acompaña al "software", usualmente con la fórmula de estilo de que "la apertura de este paquete implica la aceptación de los términos del contrato de licencia de uso", u otra similar; y, a su vez, la "licencia de uso" suele establecer que el programa sólo puede utilizarse en un único ordenador en cada momento, sin admitir otras copias que las de seguridad.

Tal conclusión se adapta a la letra de la ley. Pero cabe preguntarse si no contradice el espíritu y finalidad de ésta, que no es otro que proteger los derechos de autor

frente a la denominada "piratería informática". Piénsese en las consecuencias que podría tener el adquirir, por ej, un programa de tratamiento de textos al precio de "monousuario" y poderlo reproducir en todos los ordenadores de la Administración; por contra, piénsese también en las consecuencias de que la Administración; -a pesar de tener personalidad jurídica única y, por lo tanto, el carácter de "monousuario"- pacte con la empresa propietaria del "software" un precio muy superior -el de "multiusuario- al del precio de venta al público de ese mismo producto para cualquier otro usuario.

Por eso surge la duda de si la antes citada cláusula 26 del RD 2572/1973 ha podido quedar derogada por la disposición derogatoria única de dicha Ley 16/1993. Cuestión que no nos parece fácil debido a que esta disposición utiliza la fórmula genérica de la derogación tácita, relativa a las normas "que se opongan a lo establecido en esta Ley", en la que, como vimos, tiene cabida la excepción de que el usuario de un programa efectúe las copias necesarias para su utilización que, tratándose de la Administración, puede hacerse en cualesquiera equipos a su servicio.

En resumen, como quiera que esta Diputación se propone la inmediata adquisición de un determinado "software", se interesa de esa Junta Consultiva que, con la premura que le sea posible, emita informe sobre esta cuestión".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de examinar la cuestión planteada por la Diputación Provincial de Burgos en su escrito, conviene realizar algunas consideraciones sobre los aspectos relevantes de la misma. Por una parte, debe matizarse la fundamentación jurídica que motiva la petición del informe y su vigencia como norma jurídica; por otra, el carácter que, en el sentido de la cuestión planteada, se atribuye al pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas.

En el escrito transcrito, sobre la primera de estos dos cuestiones, se motiva la consulta en la aplicación del artículo 5.1 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación del Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador, cita que debe entenderse referida a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, que en la disposición derogatoria única de éste último deroga expresamente la Ley 16/1993 citada, y, por tanto, a cuanto se establezca en el mismo sobre el asunto objeto de la consulta.

En cuanto se refiere a la segunda cuestión, debe precisarse el alcance de los términos matizados en la consulta, ya que se plantea la posible derogación de la cláusula 26 del Real Decreto 2572/1973, por la disposición derogatoria única de la Ley 16/1993, por la presunción de la derogación tácita operante respecto del contenido normativo del artículo 5.1 de ésta última, y ello por la importancia que en el ámbito de la contratación administrativa tiene el carácter de los pliegos de cláusulas administrativas generales. Como cuestión previa se ha de señalar que no puede hablarse de la posible derogación de una cláusula de un pliego de cláusulas administrativas generales, toda vez que aún cuando éstos se aprueben por el Consejo de Ministros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se realice tal acción por medio de un Real Decreto, la opinión más generalizada coincide en que tales pliegos carecen del carácter de norma jurídica y se limitan a determinar las cláusulas administrativas típicas a las que, en principio, se acomodará el contenido de los contratos, expresando respecto de los mismos las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas de análogo objeto, cláusulas que podrán ser estipuladas en sentido contrario por los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a decisión del órgano de contratación, lo que no sería posible si aquéllos tuvieran el carácter de norma jurídica de rango del mismo orden de la que los aprueba. Por tanto, no es posible considerar, como en el escrito se señala, la derogación de una cláusula de un pliego de cláusulas administrativas generales por otra norma posterior al momento de su aprobación. Sin embargo, al objeto de centrar la consulta, debe precisarse si puede ser aplicada en la regulación expresa de un contrato considerando que existe una norma posterior que ha alterado el ordenamiento jurídico respecto del efecto derivado de la aplicación de tal cláusula. El análisis del contenido normativo del artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas nos señala el

criterio a seguir cuando establece que los pactos y las condiciones que se tengan por convenientes para concertar los contratos no pueden ser contrarios, entre otros límites, al ordenamiento jurídico y deberán cumplirse de conformidad con el mismo.
En consecuencia, la referencia a la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador, debe entenderse sustituida por el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y, en su relación, el análisis del contenido de la cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, por si del mismo se apreciara contravención del ordenamiento jurídico, lo que implicaría su exclusión como cláusula a la que se ajustarán los contratos o si por el contrario es aplicable en el marco jurídico establecido por el citado Texto refundido.
2. El análisis de la cuestión planteada por la Diputación Provincial de Burgos aconseja recordar en este informe la importancia de la aplicación, al objeto de los contratos y a la precisión de los pactos y condiciones conforme a los cuales se celebran y ejecutan, del principio de la libertad de pactos que gobierna el sistema de la contratación administrativa de las distintas Administraciones Públicas, enunciado en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la función de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la de los pliegos de cláusulas administrativas generales y la prelación de aquéllos sobre éstos que, excepto en los contratos menores, deberán incorporarse necesariamente al expediente de contratación a tramitar por el órgano de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2, apartado f).
Los pliegos adquieren en tal sentido, su relevante importancia en el contrato como ley del mismo, una vez aprobado y adjudicado el contrato al licitador seleccionado como contratista y en este sentido, como "ley del contrato", han sido reiteradamente caracterizados los pliegos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
El órgano de contratación, conocedor del ordenamiento jurídico y del objeto del contrato que desea celebrar, debe exponer con la mayor claridad en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas particulares, los pactos y condiciones por lo que se desarrollará la adjudicación y ejecución del contrato, en los términos establecidos en el artículo 50.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en la precisión expresada en el artículo 35 del Reglamento General de Contratación. En ambos textos se resalta la importancia de los pliegos de cláusulas administrativas particulares respecto del contrato y en el segundo la expresión de la posibilidad de que en los mismos se excepcione la aplicación de determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas generales.
La función de los pliegos tiene una triple proyección en el expediente de contratación. Por un lado informará a los licitadores interesados en su adjudicación de los fines perseguidos por la Administración en su oferta, conociendo que desea realizar en qué condiciones, con qué alcance, en qué tiempo, etc. Por otro, como se ha de ejecutar el contrato y como se cumplirán las obligaciones y los derechos que se atribuyen a las partes, sin más límite que el derivado del ordenamiento jurídico, y en esta función la Administración debe precisar el contenido de las obligaciones que asumirá el contratista en la previsión de que aquello que no se encuentra definido en los pliegos no puede considerarse como parte del contrato, y que las cláusulas de los mismos son parte integrantes de los contrato a las que éstos deben ajustarse. Finalmente, en relación con el contratista, el pliego se proyecta respecto de la oferta presentada por éste que supone su plena aceptación en los términos expresados en el artículo 80.1.
3. Deben indicarse en este informe el contenido normativo del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual respecto de los programa de ordenador, aun cuando sea a mero título de referencia. En su artículo 2 determina que los derechos de carácter personal y patrimonial integran la propiedad intelectual. El artículo 10 incluye a los programas de ordenador como objeto de la propiedad intelectual. El artículo 17 atribuye al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra y los derechos de reproducción, que precisa no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la misma Ley, concretando en el artículo 18 que se entiende por reproducción. Los artículos 95 a 104, ambos inclusive, integrados en el Título VII del Libro I, regulan las cuestiones relativas a los programas de ordenador. El artículo 95 determina el régimen jurídico aplicable a los derechos de autor sobre los programas de ordenador, que especifica en los artículos siguientes, indicando en el artículo 194 que lo dispuesto en los mismos se entenderá sin prejuicio de cualesquiera otras disposiciones legales, citando las más relacionadas con los mismos sin por ello implique la exclusión de otras no señaladas. El artículo 96 regula el objeto de la protección y el apartado 99 expresa el contenido de los derechos de explotación.

Regulado en tal sentido el régimen de la propiedad intelectual sobre los programas de ordenador, cabe extraer una conclusión sencilla, cual es que los derechos de explotación y reproducción estarán sujetos en todo caso a los que se establezca en cada contrato sobre la autorización expresa sobre los derechos de explotación y reproducción.

4. La cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, señala en su dicción literal que los programas utilizables por la Administración, en virtud de compraventa o arrendamiento, como consecuencia de la adquisición de equipos, o de contrato independiente, serán de libre uso de la misma en cualesquiera equipos a su servicio. Su mera interpretación literal impone la consideración de su frontal oposición a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual por cuanto la expresión "libre uso de la misma en cualesquiera equipos a su servicios" supondría el uso indiscriminado de la misma frente al derecho de explotación y reproducción determinado en el mismo. Sin embargo, no es esta la única interpretación que puede deducirse de la misma, sino que en la incardinación de la cláusula en el ordenamiento jurídico como "ley del contrato" impone su valoración al fin perseguido por la Administración que no es otro que el producto consecuente a su uso. Por ello es evidente que la expresión libre uso de la misma no puede interpretarse como algo sin límites, sino vinculado a la precisión que se establezca en el pliego respecto de su reproducción y explotación y a la libertad de la Administración de incluir los programas para su funcionamiento en los equipos que considere oportunos, con las limitaciones precisadas en el pliego, sin tener que requerir para ello la autorización del titular de los derechos integrados en la propiedad intelectual.

5. De la interrelación de las consideraciones expuestas en los dos apartados anteriores puede obtenerse la solución a la consulta planteada por la Diputación Provincial de Burgos.

Es evidente que es el órgano de contratación el que precisa el alcance de la prestación que desea recibir y las necesidades que tiene intención de satisfacer, que fijará en el pliego de cláusulas administrativas particulares, determinando no solo el objeto del contrato sino en qué condiciones desea promover la concurrencia. Los licitadores con capacidad para concurrir y que acrediten su solvencia podrán presentar sus ofertas adecuándose al contenido de los pliegos correspondientes, entendiéndose que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, su presentación presume la aceptación incondicional por su parte del contenido de la totalidad de las cláusulas administrativas particulares sin salvedad alguna. Si el órgano de contratación, en función del análisis de las necesidades que justifican el objeto del contrato en el sentido establecido en el artículo 13 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considera que desea reproducir el programa de ordenador que desea adquirir en más de un equipo o servicio, deberá indicarlo en el pliego al objeto de fijar las características de la prestación a contratar, la obligaciones y los derechos de las partes y el importe del precio del contrato que constituirá la contraprestación a abonar por la Administración, previsión que implicará una autorización concreta sobre los derechos de explotación y reproducción correspondientes, obligándose a cumplir los efectos del contrato en sus propios términos. En caso contrario, la falta de referencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la posibilidad de reproducción, operará como límite a la misma por su falta de expresión a los efectos previstos en los artículos 17 y 99 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera:

1. Que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que determinen los pactos y condiciones por los que se celebrarán y ejecutarán los contratos de adquisición de programas de ordenador deberá precisarse por el órgano de contratación la posible reproducción de los programas y el alcance de la misma.

2. Que en la regulación establecida por el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual la aplicación de la cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, no puede implicar la libertad indiscriminada de uso sin límite alguno, sino que responderá a la previsiones de reproducción y explotación expresadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y ello sin perjuicio del derecho que a la Administración le asiste de ubicar tales programas en los equipos que en cada momento considere adecuados a la función que tales programas de ordenador deben cumplir.

Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996. Otros informes. Convenios de colaboración. Convenio de colaboración entre un Organismo autónomo y una Universidad.

ANTECEDENTES.

Por el Director del Instituto Nacional de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"En base a las funciones que le atribuye el artículo 8 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, este Instituto está estudiando la suscripción de un convenio de colaboración con la Universidad de Barcelona para la impartición de cursos que le obligarían a contratar profesores externos, especialistas en materias para las cuales no contamos con personal propio.*
>
> *Estos contratos son del tipo de los regulados en el título IV de la Ley 13/1995 de 18 de marzo, de contratos de las Administraciones Públicas, sin embargo la duda que se plantea es qué calificación deben dárseles: si de Consultoría y Asistencia o de Trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración pues esa Junta Consultiva se ha pronunciado reiteradamente sobre el carácter residual de estos últimos, quedando su celebración condicionada a que, por razón de su objeto, no resulten encajables en los contratos de Consultoría y asistencia o de Servicios.*
>
> *Por consiguiente, la pregunta concreta que se formula es si esa Junta Consultiva estima que los contratos con persona física cuyo objeto es la impartición de cursos, tienen encaje en los contratos de Consultoría o Asistencia o, por el contrario habría que calificarlos como de Trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque la consulta que se formula a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa queda perfectamente concretada en el último párrafo del escrito consistiendo en determinar si los contratos con persona física cuyo objeto es la impartición de cursos tienen encaje en los contratos de consultoría y asistencia o, por el contrario habría que calificarlos como de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, como en el primer párrafo del propio escrito de consulta se hace alusión a un convenio de colaboración entre el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Universidad de Barcelona para la impartición de cursos, antes de intentar resolver la concreta cuestión planteada conviene hacer alguna referencia a la figura del convenio de colaboración, dado que la misma pudiera resolver por sí misma las dificultades que parecen plantearse al Organismo consultante, aunque, en realidad no especifica, ni concreta, si tales dificultades existen y el contenido de las mismas.

2. Con carácter reiterado y uniforme viene sosteniendo esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que la forma normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos autónomos y los Entes públicos sujetos en su concepto de órganos de contratación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración hoy prevista en el apartado 1.c) del artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, sólo excepcionalmente, cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente público, podrá acudirse a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sujeción que, por dicción expresa del citado artículo 3, no se produce en el caso del convenio de colaboración.

Como se ha indicado anteriormente en el escrito de consulta se señala que entre el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Universidad de Barcelona

se proyecta la suscripción de un convenio de colaboración para la impartición de cursos y, aunque se desconocen los términos concretos y el objeto también concreto del mencionado convenio, lo cierto es que encajando ambos organismos en las categorías mencionadas el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el convenio quedaría fuera de su ámbito de aplicación, por lo que si su objeto fuese suficientemente comprensivo resultaría innecesario acudir a figuras contractuales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como complemento y desarrollo del objeto del convenio de colaboración.

3. No obstante la consideración anterior se ha formulado en términos puramente hipotéticos, al desconocerse el objeto concreto del convenio de colaboración, por lo que procede examinar la cuestión en abstracto planteada por el Organismo consultante de que si los contratos con personas físicas para la impartición de cursos deben configurarse, con arreglo a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como contratos de consultoría y asistencia o como contratos de trabajos específicos y concretos no habituales.

También con carácter previo a pronunciarse sobre este extremo concreto, parece conveniente resaltar la escasa trascendencia práctica de la distinta conceptuación a realizar pues, dado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene una regulación unitaria de ambos tipos de contratos, únicamente deberán tomarse en cuenta las normas específicas de cada tipo de contrato de los regulados en el Título IV de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicando al de trabajos específicos y concretos no habituales la regla de solvencia del artículo 198.2 (solvencia académica, profesional, técnica o científica) la de duración máxima del contrato del artículo 199.2 (dos años), las que consagra el artículo 201 (inexistencia de relación laboral, imposibilidad de cesión, posibilidad de pago parcial anticipado y exclusión de contratos relacionados con la docencia o análogos) y la de la inexistencia de la figura del contrato menor resultante del artículo 202.

Sentado lo anterior esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene que referirse a las consideraciones de sus anteriores informes de 24 de octubre de 1995 (Expedientes 25/95 y 38/95) sobre el carácter residual con que el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha configurado los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, al exigir que no estén incluidos en los apartados anteriores, referentes a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, lo que permitía en aquella ocasión llegar a la conclusión de que los contratos para la elaboración de proyectos y dirección de obras debían conceptuarse como contratos de consultoría y asistencia por la doble razón de estar mencionados en el artículo 197.2 y el ya señalado carácter residual del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales.

En el presente caso, sin embargo, al tratarse de actividades docentes o relacionadas con la docencia, debe mantenerse solución contraria, es decir, que se trata de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales por no estar mencionados expresamente ni encajar de manera clara en los distintos conceptos de contratos de consultoría y asistencia y de servicios que se incluyen en los apartados 2 y 3 del artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pero, sobre todo, y este es el elemento interpretativo definitivo, porque el artículo 201 de la Ley, bajo la rúbrica de "especialidades del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales" se refiere, en su apartado 4, a supuestos de gran semejanza a los de los contratos que ahora se trata de celebrar y, aunque no concurran los requisitos que el citado artículo 201.4 establece para que a estos contratos no les sean de aplicación las disposiciones de la Ley, si constituye un elemento interpretativo para fundamentar que los contratos que se refieren a actividades docentes o relacionadas con la docencia constituyen uno de los supuestos, quizá el único, de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales a que se refiere el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que puedan ser encajados en los de

consultoría y asistencia y de servicios a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del mencionado artículo.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que por vía de convenio de colaboración, excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Universidad de Barcelona pueden abordar las distintas cuestiones suscitadas para la impartición de cursos.

2. Que, no obstante lo anterior, los contratos que celebren las Administraciones Públicas, Organismos autónomos y Entes públicos sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que tengan por objeto actividades docentes o relacionadas con las mismas, deben ser considerados contratos de trabajos específicos y concretos no habituales y no contratos de consultoría y asistencia, sin perjuicio de que el régimen jurídico de ambos tipos de contratos, en numerosos extremos, sea idéntico o muy semejante, según resulta de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 1/97, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Preparación del contrato. Consulta sobre si un contrato para la realización de una auditoría económico-administrativa y urbanística resulta exigible título de auditor de cuentas inscrito en el registro oficial de auditores de cuentas.

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva (Zaragoza) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Este Ayuntamiento, convocó concurso público para la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia relativo a "una auditoría económico-administrativa y urbanística" por el período comprendido desde Julio de 1987 a Junio de 1995 (ocho años), haciendo constar en el pliego de condiciones que dicho contrato era el tipificado en el artículo 207.09 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, o sea, "Contabilidad, Auditoría y Teneduría de Libros", y que los licitadores deberían cumplir los requisitos de capacidad citados en el artículo 198 de la misma Ley.

Como trámite previo a la formalización del contrato, se requirió a los licitadores seleccionados para que con antelación a dicho acto aportasen el Título de Auditores inscritos en el Registro Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditores de Cuentas, contestando dichos licitadores en sentido negativo por entender que no era de aplicación al caso la Ley 19/1988, de 12 de julio, siendo bastante para el ejercicio del trabajo ofertado los títulos de Abogados y Diplomado en Ciencias Económicas.

El Ayuntamiento, en sesión de 16 de Diciembre último previo informe de la Asesoría Jurídica, con base en el artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre Capacidad y Solvencia como requisitos indispensables para contratar, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 sobre Solvencia Técnica o Profesional para este tipo de contrato y el artículo 198 sobre "Requisitos adicionales en el mismo sentido", teniendo muy en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 sobre una posible nulidad de pleno derecho en el supuesto de carencia de solvencia necesaria, acordó por unanimidad elevar consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si es exigible que los licitadores adjudicatarios posean el título de auditores de cuentas inscritos en el Registro Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditores de Cuentas".

2. Procedente de la Dirección General de Administración Local de la Diputación General de Aragón se hacen llegar a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por no existir órgano equivalente en la Comunidad Autónoma de Aragón, escrito firmado por D. José Pérez García, Concejal del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva y otros cuatro Concejales de la misma Corporación, en el que, después de detallar los hechos más significativos, hacían constar que, a su juicio, los adjudicatarios del contrato no debían presentar el documento acreditativo de estar dados de alta en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas requerido por el Ayuntamiento el día antes de la formalización del contrato, teniendo en cuenta que, según la documentación que acompañaban al indicado escrito (moción aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Cuarte de Huelva en 30 de octubre de 1995, anuncio de la convocatoria del concurso publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, número 167 de 22 de julio de 1996, pliego de cláusulas administrativas particulares, notificación de la adjudicación y requerimiento para la formalización del

contrato) el objeto del contrato lo constituía una auditoría económico administrativa y urbanística y no un auditoría de cuentas.

3. Por el mismo conducto de la Dirección General de Administración Local de la Diputación General de Aragón se hace llegar a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de D. Enrique Senao Martínez, Dª;. María José Borbón Villuendas y D. José Borobío Garcés, adjudicatarios del contrato convocado por el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva en el que como alegaciones a la consulta formulada (ante la Junta Consultiva de Contratación de la Diputación General de Aragón) reproducen en esencia las del escrito de los Concejales del Ayuntamiento acompañando un informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en el que, después de detallar la actividad de auditoría de cuentas y quien puede realizarla conforme a los artículo 1 y 6 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, sentaba la conclusión de que la realización de una auditoría económico-administrativa y urbanística de un Ayuntamiento no puede considerarse como un trabajo de auditoría de cuentas en sentido estricto de los definidos en el artículo 1 de la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas, por lo que dicho trabajo no estará sujeto a lo establecido en la misma ni será necesario estar inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas para realizarlo.

4. Por diligencia de la Secretaría de fecha 7 de marzo de 1997 se decretó, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la acumulación de los expedientes 1/97 y 5/97, por guardar identidad sustancial, el primero constituido por el escrito de consulta del Alcalde del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva y el segundo por el escrito de los cinco Concejales del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva y por el escrito de los adjudicatarios del contrato y documentación que a los mismos se acompaña.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión básica y principal que se suscita en el presente expediente es la de determinar si a los adjudicatarios de un concurso convocado por el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva para la realización de una auditoría económico-administrativa y urbanística se les debe exigir el título de Auditores inscritos en el Registro Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditores de Cuentas. No obstante dadas las peculiaridades que se observan en la tramitación del presente expediente conviene hacer algunas observaciones previas sobre estas circunstancias de tramitación y sus repercusiones en el contenido del presente informe.

2. El expediente 1/97 se inicia por escrito dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por el Alcalde del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva y, constituido únicamente por el citado escrito de consulta, debe ser informado por esta Junta ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, podrán solicitar informes a la Junta los Presidentes de las Entidades locales.

Por el contrario el expediente 5/97 se inicia por el traslado que la Dirección General de Administración Local de la Diputación General de Aragón hace a esta Junta de sendos escritos de cinco Concejales del Ayuntamiento y de los adjudicatarios del contrato por lo que, en principio debe concluirse que al no ser los Concejales ni los adjudicatarios ninguna de las personas mencionadas en el citado artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, carecen de legitimación para solicitar informe de esta Junta, no obstante lo cual, parece conveniente darles traslado del informe dirigido al Alcalde del Ayuntamiento de Cuarte, aunque solo sea, como se ha hecho en anteriores ocasiones, para que conozcan el criterio de esta Junta sobre legitimación y sobre el fondo del asunto, por el interés general que puede presentar para casos similares, con

la indicación expresa de que el informe dirigido al Alcalde del Ayuntamiento no tiene carácter vinculante para el órgano que lo solicita, conforme al artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 20 de noviembre, el cual puede apartarse del criterio del informe, sin más requisito que el motivar su decisión, según preceptúa el artículo 54.1 c) de la propia Ley.
En apoyo de la tesis sustentada de la conveniencia de dar traslado de este informe a los Concejales del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva y a los adjudicatarios del contrato debe citarse la circunstancia de que curiosamente, la totalidad de la documentación aportada al expediente y que puede tener interés para el criterio que se mantenga (pliego de cláusulas administrativas particulares, anuncio del concurso, notificación de la adjudicación, requerimiento para la formalización e informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Hacienda) han sido aportados al expediente por los Concejales y adjudicatarios, cuando, salvo el último, hubieran debido acompañar al escrito de consulta del Alcalde del Ayuntamiento.
También desde el punto de vista de la tramitación es interesante reseñar que, tal como resulta de los antecedentes remitidos, el contrato ha sido ya adjudicado, por lo que la solución que se propugne, o la que no se propugne pero se adopte en virtud del carácter no vinculante de este informe, habrá de operar sobre circunstancia de hecho de haberse producido ya la adjudicación del contrato en los términos que más adelante analizaremos.

3. Entrando ya en el examen de la cuestión de fondo suscitada -la necesidad de que los adjudicatarios del contrato aporten el título de Auditores inscritos en el Registro Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditores de Cuentas- lo cierto es que tal exigencia no venía establecida en los pliegos ni en los anuncios, lugares adecuados para establecerla, ni se tomó en consideración por el Ayuntamiento al adjudicar el contrato, sin que frente a esta consideración pueda prevalecer la genérica del pliego de que los licitadores deberían cumplir los requisitos de capacidad citados en el artículo 198 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues tal declaración genérica de la Ley, como las que se efectúan respecto a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, tienen que ser concretadas en los medios que se exigen para acreditarla, que necesariamente deben figurar en los anuncios a tenor de la declaración terminante del artículo 15.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de que en los casos en que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19, precepto que sin ninguna dificultad, hay que aplicar cuando se trate de acreditar los requisitos de solvencia académica, profesional, técnica o científica a que se refiere el artículo 198.2 de la Ley, pues en definitiva éstos últimos tienen encaje adecuado en los requisitos de solvencia técnica o profesional a que se refiere el artículo 19 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sin que el aditamento de la mención de solvencia académica o científica a la profesional y técnica tenga significado jurídico diferenciador, respecto del dato que venimos examinando.

4. Lo hasta aquí indicado exime de mayores razonamientos para concluir que no solicitado en los pliegos, ni en los anuncios, el título de Auditor inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas el contrato podía ser adjudicado, como de hecho lo fue, a quien no presentó el citado título, debiendo señalarse a mayor abundamiento que el concurso convocado lo fue para realizar una auditoría económico-administrativa y urbanística y no una propia auditoría de cuentas, por lo que debe afirmarse como lo hace el informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Hacienda, incorporado al expediente por aportación de los adjudicatarios, que en estos casos de auditorías distintas de las auditorías de cuentas no es

necesaria la inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas para realizarlas.
En contra de esta tesis parece apuntarse en el escrito de consulta que, al afirmarse en el pliego que el contrato era el tipificado en le artículo 207.9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es decir "contabilidad, auditoría y teneduría de libros" resultaba exigible el título para realizar auditorías de cuentas, pero tal interpretación debe descartarse, ya que el propio pliego indica que el objeto del contrato es la realización de una auditoría económico-administrativa y urbanística y por otra parte en el concepto de auditorías del artículo 209.7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hay que comprender no solo las auditorías de cuentas, sino todas las auditorías de carácter económico, financiero, comerciales, sociales y laborales, como a efectos de clasificación, detalla el Grupo I, Subgrupo 3 de la norma primera de la Orden de 24 de noviembre de 1982, que debe considerarse vigente de conformidad con la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Por último deben realizarse algunas consideraciones en orden a la manera de proceder en el presente caso, dado el estado de tramitación del expediente de contratación y las consecuencias que pueden derivarse del presente informe.
No puede suscitarse duda alguna, pues así resulta de los antecedentes remitidos, que el contrato convocado por el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva por la realización de una auditoría económico financiera y urbanística ha sido ya adjudicado, por lo que si se aceptan los criterios de este informe deberá procederse a su formalización con los adjudicatarios sin la exigencia del título de Auditor inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.
Dado el carácter no vinculante de este informe el órgano consultante puede apartarse de sus criterios, pero teniendo en cuenta que la adjudicación ha tenido lugar, si así lo hace, deberá, aparte de motivar su decisión, proceder a la revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato, por incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, lo que, de conformidad con el artículo 65 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exigirá el previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

CONCLUSIONES.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que para la adjudicación de un contrato para la ejecución de una auditoría económico-administrativa y urbanística convocado por el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva, al no especificar tal requisito los pliegos y los anuncios, no resulta exigible el título de Auditor inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, debiendo señalarse, a mayor abundamiento, la improcedencia de tal exigencia, dada la naturaleza de la auditoría a realizar.

2. Que, dado el carácter no vinculante de este informe, el Ayuntamiento puede proceder a la revisión de oficio del acto de adjudicación, previo informe favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Informe 2/97, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Clasificación de empresas. Posibilidad de adjudicación de un contrato a una persona física que actúa en representación de una persona jurídica y sobre si la excepción de clasificación prevista en el artículo 26.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede extenderse a entidades asociativas de arquitectos.

ANTECEDENTES.

Por D. Carlos Morales Palomino en representación de Tecniberia, Federación Española de Asociación de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"La Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 26.1, bajo el epígrafe "excepciones de clasificación y certificados comunitarios", establece que "en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los de trabajos específicos y concretos no habituales que se adjudiquen a persona físicas que, por razón de la titularidad académica de enseñanza universitaria que posean, estén facultadas para la realización del objeto del contrato y se encuentren inscritas en el correspondiente colegio profesional no será exigida clasificación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19".

Esta Federación ha tenido conocimiento de que en la licitación pública de un contrato con presupuesto superior a 10.000.000 Ptas. cuyas bases permiten presentarse al correspondiente concurso: 1) a empresas que, además de los requisitos a que se refiere el Decreto 1005/1974 y el Real Decreto 597/1986, tengan la correspondiente clasificación administrativa y 2) también a personas físicas con titulación académica que les faculte para la realización del objeto del contrato y que integren un equipo con elementos personales suficientes bajo la responsabilidad de aquel profesional, habiéndose presentado la plica a nombre de una empresa bajo forma de sociedad de responsabilidad limitada y carente de la pertinente clasificación administrativa, se ha decidido la adjudicación a favor de la persona física que, en nombre de la respectiva sociedad, suscribía aquella oferta y en cuya persona física concurría la titulación académica y colegiación profesional que le facultaban para la realización del objeto del contrato.

En apoyo de su decisión, el adjudicatario y la Administración Pública adjudicadora de dicho concurso han argumentado que, según acredita el correspondiente certificado, la sociedad mercantil a cuyo nombre se presentó en su momento la oferta se encuentra inscrita en el Registro de entidades Asociativas de Arquitectos que se lleva en el correspondiente Colegio Oficial y que, según resulta de la "normativa reguladora de los Registros colegiales de Entidades Asociativas de Arquitectos para el ejercicio de la profesión", el reconocimiento por los Colegios de arquitectos de entidades asociativas con personalidad jurídica constituidas por Arquitectos para el ejercicio de la profesión implica, entre otros efectos, "la autorización para que los encargos profesionales se formalicen a nombre de la entidad, sin perjuicio de la obligada consignación del nombre del Arquitecto o Arquitectos asociados responsables de la realización de los trabajos en cada caso encargados". Y si a estos efectos es relevante que el objeto de la inscripción en el Registro de Entidades Asociativas llevado por el correspondiente Colegio de Arquitectos sea una sociedad mercantil.

Sin perjuicio de la resolución que sobre el supuesto concreto dicten en su momento los Tribunales de Justicia ante quienes se encuentra planteada la pertinente impugnación, interesa a esta Federación que mediante el correspondiente dictamen por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se fije criterio de alcance general acerca de los siguientes puntos:

1º) Si, en el procedimiento de contratación administrativa, la personalidad en cuyo nombre y bajo la cual el licitador decide presentar su oferta queda definitivamente establecida en el momento de presentación de la plica o, por el contrario, con posterioridad a la conclusión del plazo de presentación de ofertas, es posible -por voluntad del propio licitador, de la Mesa o del Órgano de Contratación- alterar aquella personalidad de forma que, presentada la oferta en nombre de una persona jurídica, resulte adjudicataria la persona física que suscribió la oferta en representación de aquella.

2º) Si, con independencia de la cuestión anterior, es jurídicamente procedente extender la excepcional dispensa de clasificación administrativa resultante del artículo 26.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no sólo a los Arquitectos colegiados cuya titulación académica les faculte para la realización del contrato de que se trate sino también a las Entidades Asociativas de Arquitectos inscritas en el Registro que se lleva en el correspondiente Colegio Oficial y cuyo reconocimiento por el respectivo Colegio de Arquitectos, según la "normativa reguladora de los Registros colegiales de Entidades Asociativas de Arquitectos para el ejercicio de la profesión", implica entre otros efectos "la autorización para que los encargos profesionales se formalicen a nombre de la entidad, sin perjuicio de la obligada consignación del nombre del Arquitecto o Arquitectos asociados responsables de la realización de los trabajos en cada caso encargados".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como se concreta en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se suscitan en el presente expediente, consistiendo la primera en determinar si presentada una oferta en nombre de una persona jurídica resulta posible la adjudicación del contrato en favor de la persona física que suscribió la oferta en representación de la persona jurídica y la segunda si la dispensa de clasificación resultante del artículo 26.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es posible extenderla no solo a Arquitectos colegiados cuya titulación académica les faculte para la realización del contrato, sino a entidades asociativas de Arquitectos inscritas en el Registro que se lleva en el Colegio Oficial.

2. Para resolver las cuestiones planteadas debe recordarse que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 15.1 establece que podrán contratar con la Administración -y la lógica interpretación del precepto debe conducir a la conclusión de que solo podrán contratar con la Administración- las personas naturales y jurídicas y siendo este dato decisivo de la personalidad o capacidad jurídica, como presupuesto de la capacidad de obrar y de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional y del requisito negativo de no estar incursas las personas naturales o jurídicas en supuestos de prohibición de contratar, es con arreglo al mismo con el que debe darse solución a las cuestiones planteadas.

La primera consiste en determinar si presentada una proposición por persona física en representación de una persona jurídica puede ser adjudicado el contrato a la primera. Aunque no existe precepto concreto de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas que de manera expresa declare la imposibilidad de tal solución, ello es debido a que la imposibilidad resulta del total sistema de la citada legislación e, incluso, de las normas civiles y mercantiles reguladoras de los efectos de la representación o apoderamiento ya que la esencia de la representación consiste en que los efectos de la actuación del representante se producen en la esfera propia del representado por lo que resulta imposible conectarlos a la persona y patrimonio del propio representante.

En el ámbito estricto de la contratación administrativa está prevista la representación, incluso la necesaria de las personas jurídica, al establecer el artículo 80 2 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que las proposiciones deberán ir acompañadas, en sobre aparte, de los documentos que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación, sin que ello signifique que la proposición haya sido presentada en su propio nombre por el representante ni que la adjudicación, en su caso, pueda realizarse al mismo representante, dado que, y este dato es significativo, que la capacidad de obrar y los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional y el requisito negativo de no estar incursa en prohibición de contratar se analizan y deben cumplirse y acreditarse en relación con la persona jurídica del representado, siendo indiferente, a este respecto, la situación de la persona física representante con el único supuesto excepcional, que no es el aquí planteado, del artículo 20, apartados a) y d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto extiende a las personas jurídicas los efectos de la condena por sentencia firme de los administradores o representantes.
La primera cuestión suscitada merece, por tanto, una contestación negativa por aplicación de la legislación específica de contratos de las Administraciones Públicas que, en este aspecto, es fiel reflejo de la normativa civil y mercantil sobre actuación por medio de representante.
3. La segunda cuestión suscitada -la de si puede extenderse a entidades asociativas la dispensa de clasificación prevista en el artículo 26.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para profesionales con titulación académica universitaria inscritos en el correspondiente colegio profesional- también ha de ser resuelta en sentido negativo atendiendo al dato de la personalidad jurídica y a la normativa propia de la contratación de las Administraciones Públicas.
En este sentido debe resaltarse que el artículo 26.1 consagra la dispensa o exención de clasificación para las personas físicas, por lo que debe quedar descartada para las entidades asociativas con personalidad distinta de la de los asociados, siendo superfluo plantearse la cuestión si falta el dato de la personalidad de la entidad, ya que a efectos de contratación la cuestión quedaría solucionada con la figura de la unión temporal de empresarios prevista en el artículo 24 de la Ley, estando dispensados o exceptuados de clasificación los empresarios que integran la unión si cumplen los requisitos exigidos por el artículo 26.1 de la Ley.
Frente a lo razonado resulta indiferente lo que pueda establecer la "normativa reguladora de los Registros colegiales de Entidades Asociativas de Arquitectos para el ejercicio de la profesión", a la que se alude en el escrito de consulta, ya que es obvio que son cosas distintas el ejercicio de la profesión, que puede ser regulado por la citada normativa y los requisitos para contratar con la Administración, que con carácter exclusivo y excluyente vienen regulados en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que presentada una proposición por una persona física en representación de una persona jurídica la adjudicación, en su caso, debe realizarse a la persona jurídica, nunca a la persona física que actúa como representante.

2. Que la excepción de clasificación prevista en el artículo 26.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para las personas físicas con título académico universitario inscritas en el correspondiente colegio profesional no puede extenderse a entidades asociativas, por faltarles el requisito de ser personas físicas.

Informe 7/97, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Pliegos de claúsulas administrativas, generales y particulares. Aplicación de normas y claúsulas específicas de los contratos de obras a los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales..

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe sobre la consulta que adjunta redactada en los siguientes términos:

"Por parte de esta Consejería de Obras Públicas se vienen tramitando liquidaciones de Contratos de Asistencia Técnica en las que recogen adicionales por exceso de medición de las unidades contratadas, siempre que no supere el 10% del presupuesto del contrato.

Dicha posibilidad, si bien no se prevé de forma expresa en la cláusula 47 del P.C.A.G. de Estudios y Servicios del año 1972, que en esta comunidad se aplica de forma supletoria, si se recoge en la cláusula 62 del P.C.A.G. de Obras, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

Así, en la aplicación supletoria de las normas del Contrato de Obras se han venido apoyando las liquidaciones con adicionales por exceso de medición en los contratos de asistencia, sin que hasta la fecha se haya realizado observación alguna ni por el Tribunal de Cuentas ni por la Sindicatura de Cuentas de Castilla La Mancha.

Sin embargo, en la actualidad se han planteado internamente dudas sobre si la interpretación hasta ahora mantenida tenía suficiente amparo legal, al entenderse que la posibilidad de incluir en la liquidación excesos de medición, con el límite reseñado, esta vedada de forma manifiesta por la cláusula 47, objeto de esta consulta. Dicha interpretación supondría la necesidad de tramitar un expediente de Modificación en todos los supuestos en que la ejecución del contrato exija la realización de, al menos, una unidad de trabajo más de las prevista inicialmente.

Por otro lado, la cláusula 62 del P.C.A.G. de Estudios y Servicios indica expresamente que formará parte de la liquidación la valoración de los trabajos "realmente efectuados", pareciendo respaldar la interpretación hasta ahora realizada por esta Consejería.

Conforme a todo lo anterior, y dada la transcendencia de este asunto, es necesario que por la Junta Consultiva de Contratación se emita un informe sobre este asunto".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, la cuestión de admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta

Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y órganos mencionados -en este caso concreto por el titular de la Consejería de Obras Públicas- sino por el Secretario General Técnico de dicha Consejería, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre las cuestiones suscitadas, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.

La cuestión que se suscita es la de la posible aplicación de la cláusula 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, a los contratos de asistencia técnica celebrados por la Consejería de Obras Públicas y regidos por el Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972 del entonces Ministerio de Obras Públicas.

Esta Junta Consultiva entiende que, aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resultaba factible que el contenido de la cláusula 47 del Pliego de 1972 pudiera ser sustituido por la cláusula 62 del Pliego de 1970, dado que la primera no preveía, y la segunda sí, adicionales por exceso de medición de las unidades contratadas, siempre que no superasen el 10 por 100 del presupuesto del contrato, si algún género de duda podía caber, ésta queda totalmente despejada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que las normas del contrato de obras no pueden aplicarse con carácter supletorio al resto de contratos regulados en la propia Ley entre los que figuran los de consultoría y asistencia.

Informe 12/97, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Clasificación de empresas. Exención de clasificación, por razones excepcionales de interés público, del Instituto Cartográfico de Cataluña, Organismo autónomo y celebración de convenios de colaboración entre organismos públicos.

ANTECEDENTES.

1. Por el Director General del Instituto Geográfico Nacional, dependiente del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Dirección General del Instituto Geográfico Nacional, conforme a la legislación vigente en materia de cartografía, tiene asignado como objetivo primordial la elaboración del Mapa Topográfico Nacional a escala 1:25.000.

Para 1997 se contempla la producción de las hojas del mapa correspondientes al territorio de Cataluña. La elaboración de dichas hojas exige de una serie de garantías a la empresa adjudicataria tanto en relación con la capacidad productiva para ejecutar los trabajos en los plazos que se especifican en el Pliego de Condiciones Técnicas como con la capacidad técnica para realizar la formación y redacción cartográfica en áreas de evidente especificidad lingüística para la compilación de la toponimia.

La línea productiva, hasta el momento, de las hojas editadas ha sido realizada por el Instituto Geográfico Nacional por medios propios y en colaboración con el Institut Cartogràfic de Catalunya en tareas de formación de índole toponímico sobre la información geográfica de Cataluña.

Dada la imperiosa necesidad de realizar el Mapa Topográfico a escala 1:25.000 del territorio de Cataluña para el año 1997 y en base al elevado volumen de trabajo que el Instituto Geográfico Nacional realiza en todo el territorio nacional, no le es posible acometerlo por medios propios, siendo necesaria la asistencia externa que permita abordar el proyecto en tiempo y forma. La elaboración de las mismas por el Instituto Cartogràfic de Catalunya supone una garantía en cuanto a la calidad del trabajo a realizar debido al prestigio de la citada institución y al hecho de que como hemos dicho anteriormente éste ha venido colaborando en la revisión toponímica de las hojas que el Instituto Geográfico Nacional ha publicado en Cataluña.

El Institut Cartogràfic de Catalunya fue creado por la Ley 11/1982 de 8 de Octubre, del Parlamento de Catalunya como Organismo Autónomo Comercial Industrial y Financiero adscrito al Departamento de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya. La citada Ley le atribuye en su Art. 3.3 la función de "realizar estudios o trabajos encomendados o solicitados por entidades públicas o particulares mediante la contraprestación que a este efecto se concrete". (Se acompaña copia de la citada Ley).

Atendiendo a lo anteriormente expuesto parece aconsejable la adjudicación a favor del Institut Cartogràfic de Catalunya de este contrato por el Procedimiento Negociado sin Publicidad del Art. 211 b de la Ley 13/95 de Contratos para las Administraciones Públicas toda vez que el Servicio Jurídico del Ministerio de Fomento ha informado favorablemente la procedencia del contrato.

Sin embargo hay que reseñar que el importe del contrato exige que el Institut Cartogràfic de Catalunya se encuentre clasificado en el Grupo I, Subgrupo I, Categoría D conforme a lo establecido en el Orden de 30 de Enero de 1991 por la que se modifican determinadas normas de la Orden de 24 de Noviembre de 1982

sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios, requisito que no cumple el Institut Cartogràfic de Catalunya.

El Art. 25.3 de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas y el art. 2 del RD 609/1982 de 12 de Febrero por el que se dictan las normas para la clasificación de las empresas consultoras recogen la posibilidad de autorizar excepcionalmente, por el Consejo de Ministros, la contratación con una empresa no clasificada a instancias del Jefe del Departamento y previo informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación.

En consecuencia, se remite dicho expediente de contratación relativo a la Asistencia Técnica para el vuelo fotogramétrico, apoyo, aerotriangulación y restitución numérica, formación y edición de hojas del Mapa Topográfico Nacional a escala 1:25.000 en el ámbito de Cataluña y documentación al respecto, solicitando se emita, informe favorable, si se considera oportuno, para autorizar la exención de exigencia de clasificación al Institut Cartogràfic de Catalunya."

2. Al anterior escrito se acompaña diversa documentación del expediente de contratación de la asistencia técnica para el vuelo fotogramétrico, apoyo, aerotriangulación, restitución numérica, formación y edición de hoja del Mapa Topográfico Nacional 1:25.000 correspondiente al ámbito territorial de Cataluña que se fundamenta en el artículo 211.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para emitir el informe solicitado hay que precisar que la solicitud se deduce con fundamento en el artículo 25.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a cuyo tenor "excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado". No obstante, con carácter previo, conviene realizar ciertas consideraciones sobre el supuesto de hecho que se contempla, en cuanto pueden influir en la decisión que, definitivamente, se adopte.

2. Cuestión sobre la que reiteradamente se ha manifestado esta Junta, con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha sido la de la configuración de las relaciones existentes entre Administraciones Públicas, Organismos autónomos y Entes públicos, cuyos criterios son perfectamente reiterables en el presente supuesto, por tratarse de la relación que pretende entablarse por vía de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas entre la Administración del Estado -la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional dependiente del Ministerio de Fomento- y un Organismo autónomo -el Instituto Cartográfico de Cataluña-, dependiente de la Generalidad de Cataluña.

En el informe de 22 de julio de 1996 (Expediente 39/96) esta Junta hace un resumen de los criterios aplicables antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con posterioridad en los siguientes términos:

En diversos informes de esta Junta, singularmente en los de 13 de junio de 1984 (Expediente 14/84), 15 de octubre de 1985 (Expediente 37/85), 4 de abril de 1989 (Expedientes 1/89, 6/89 y 8/89), 28 de julio de 1994 (Expediente 11/94) y 16 de diciembre de 1994 (Expediente 25/94) se manifiestan los siguientes criterios:

- Partiendo del carácter de entes públicos que debe predicarse de los organismos intervinientes -en el presente caso, para mayor claridad se trata de un Organismo autónomo- es criterio reiteradamente mantenido que las dificultades que suscita la aplicación de la legislación de contratos del Estado a estos entes y que se manifiestan en una serie de normas como las relativas a la acreditación de no hallarse incurso el organismo en prohibiciones de contratar, al cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social, a la clasificación, y al régimen de garantías, determina que las relaciones de contenido contractual entre estos organismos deben instrumentarse normalmente a través de la vía de colaboración y sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos.

- Como argumento que refuerza la utilización normal de la vía de convenio en las relaciones entre organismos públicos se señala la contraposición existente entre la redacción del número 4 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado que se refiere a convenios de cooperación entre entes públicos y la redacción del número 7 del mismo artículo que, según resulta del artículo 12 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989, comprende, para excluirlos de la Ley los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado "siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales", salvedad esta última que, al no figurar en el número 4, permite sostener que los convenios de cooperación comprendidos en este último, es decir, los que se celebren con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales, figurando entre estas últimas, como es obvio, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

En materia de clasificación se sostiene el criterio de que si se acude a la figura del convenio al amparo del artículo 2, apartado 4 de la Ley de Contratos del Estado, la exclusión de la aplicación de la Ley determina la no exigencia de clasificación, mientras que si se acude excepcionalmente a la celebración de contratos en que el adjudicatario sea un Organismo autónomo o Ente público, la imposibilidad de obtención de clasificación, por inaplicación de las normas reguladoras de la clasificación de contratistas de obras y de la clasificación con empresas consultoras o de servicios, determina que la clasificación deba ser sustituida por la autorización del Consejo de Ministros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado y en el artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

Las consideraciones anteriores son perfectamente reiterables una vez producida la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pues la misma, en esta materia, incorpora preceptos sustancialmente idénticos a los de la anterior legislación de contratos del Estado.

Así puede sostenerse que la relación entre Administraciones Públicas, Seguridad Social, Organismos autónomos y restantes Entidades públicas ha de articularse por la vía de convenios de colaboración a que se refiere, para excluirlos de la Ley, el artículo 3.1.c) de la misma, por las dificultades que la aplicación de las normas de la Ley a estas Administraciones, Organismos y Entidades como contratistas presenta y por el argumento de la contraposición entre el citado artículo 3.1.c) y el artículo 3.1.d) de la Ley, en cuanto éste se refiere a convenios de colaboración que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, exigiendo que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales, exigencia inexistente en el artículo 3.1.c).

En materia de clasificación, si excepcionalmente se decide celebrar un contrato en que el Organismo consultante asuma la posición de contratista, las propias normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las reglamentarias anteriores que deben considerarse subsistentes por efecto de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley hacen referencia a empresas contratistas de obras y a empresas consultoras o de servicios, por lo que su inaplicación a Organismos autónomos y Entes públicos, en general, determinan que sea necesario acudir a la prevención contenida en el artículo 25.3 de la Ley, que sustituye al artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado y al artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero, y a cuyo tenor "excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado".

En esta materia de clasificación resulta significativo que el artículo 26.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluya una norma eximiendo de clasificación como contratistas a las Universidades para ser adjudicatarias de contratos con las Administraciones Públicas, en los supuestos del artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, pues siendo idéntico el problema que se suscita por el Organismo autónomo consultante al que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, suscitaba la clasificación de las Universidades, que motivó la mayor parte de los informes de esta Junta, la solución legislativa viene a demostrar que, a falta de norma expresa para los Organismos autónomos, su clasificación excepcional debe seguir siendo resuelta con los criterios del artículo 25.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que con anterioridad debía serlo con arreglo a los citados artículos 106 de la Ley de Contratos del Estado y 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

3. Como resumen de los criterios de esta Junta, que resulta improcedente rectificar, hay que concluir que la forma normal de relacionarse la Dirección de el Instituto Geográfico Nacional, dependiente del Ministerio de Fomento, y el Instituto Cartográfico de Cataluña, Organismo autónomo dependiente de la Generalidad de Cataluña, es la vía del convenio de colaboración prevista en el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con lo que se obvian las dificultades que en orden a clasificación, garantías, procedimientos de adjudicación, etc.... presenta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su aplicación, como adjudicatarios, a los Organismos autónomos. Sin embargo, si a pesar de ello se propugna celebrar un verdadero contrato entre la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional y el Instituto Cartográfico de Cataluña, en el que este último sea el adjudicatario, cosa posible, como hemos visto según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esta Junta informa favorablemente la dispensa de clasificación al Instituto Cartográfico de Cataluña, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, principalmente el carácter de Organismo autónomo de dicho Instituto y las dificultades, por tal carácter, de obtener la clasificación mediante la tramitación del correspondiente expediente y porque la solvencia económica, financiera y técnica del Organismo puede ser suficientemente acreditada. A tales efectos deberá instruirse el correspondiente expediente en el que se incorporen los datos sobre solvencia del Organismo, su carácter de Organismo autónomo, el informe de esta Junta y cuantos documentos se estimen pertinentes a fin de que el Ministro de Fomento pueda someter a la consideración del Consejo de Ministros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el acuerdo de dispensar de clasificación al Instituto Geográfico de Cataluña, Organismo autónomo dependiente de la Generalidad, para celebración de un contrato de asistencia técnica con el Instituto Geográfico Nacional.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las relaciones entre el Instituto Geográfico Nacional y el Instituto Cartográfico de Cataluña deben articularse por la vía del convenio de colaboración exento de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas según resulta del artículo 3.1.c) y que si, no obstante, se pretende adjudicar un contrato de asistencia por el primer Organismo al segundo se informa favorablemente la dispensa de clasificación del último, al amparo del artículo 26.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el expediente que debe instruirse para que el Ministro de Fomento proponga tal dispensa al Consejo de Ministros.

Informe 13/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales. Régimen de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales en el ámbito del artículo 201, apartados 4 y 5, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES.

Por el Consejero de Educación y Juventud de la Junta de Extremadura se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"De conformidad con lo preceptuado en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación, se solicita se evacue informe sobre las siguientes cuestiones:

1ª;. Si las especialidades, previstas en el artículo 201, párrafos 4 y 5, de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, para los contratos específicos, concretos y no habituales de la Administración, consistentes en la suficiencia para la acreditación de la existencia de dicha categoría de contratos, en una designación o nombramiento por autoridad competente, puede ampliarse, con carácter general, a los supuestos descritos en el mencionado número 4 "in fine", aunque no se trate de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración. O, si por el contrario, dichas especialidades quedan limitadas a los cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración.

2ª;. Si la excepción de aplicación de las disposiciones del referido texto legal, en cuanto a la preparación y formalización de dicha categoría de contratos, afecta a todo el iter contractual o, si a la inversa, es necesario acudir a los artículos 3, 4, 7 y 9 del Real Decreto 1465/1985, en cuanto a la necesidad de confección de una Memoria, Pliego de cláusulas particulares y, cuando se considere necesario, el de prescripciones técnicas, así como ala concurso como mecanismo ordinario de adjudicación".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se expresa en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se plantean en el mismo, consistiendo la primera en determinar si las especialidades de los apartados 4 y 5 del artículo 201 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas son aplicables a todos los supuestos descritos en el mencionado apartado 4 aunque no se trate de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o, si por el contrario, dichas especialidades quedan limitadas a estos últimos supuestos y la segunda en determinar si la excepción de la aplicación de la Ley se extiende a todo el "iter contractual" o resultan de aplicación los artículos 3, 4, 7 y 9 del Real Decreto 1465/1985, en cuanto a la necesidad de confección de una memoria, del pliego de cláusulas administrativas particulares y, cuando se considere necesario, del de prescripciones técnicas y la utilización del concurso como forma ordinaria de adjudicación.

2. La resolución de las cuestiones suscitadas ha de hacerse partiendo de la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con su antecedente inmediato, en este extremo, constituido por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio.

El artículo 201 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene a señalar en su apartado 4, que las disposiciones de la Ley no serán de aplicación a la preparación y formalización de los contratos para la realización de trabajos específicos

y concretos no habituales cuando el trabajo a realizar consista en actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, quedado igualmente excluidos los seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo de similar actividad. Por su parte el apartado 5 del mismo artículo 201 señala que para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere el apartado anterior bastará la designación o nombramiento por autoridad competente.
La simple lectura de estos preceptos y, por tanto, su interpretación literal, demuestra claramente que no existe ninguna base para diferenciar, por un lado, actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración y, de otro lado, seminarios, coloquios, mesas redondas,conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, pues todos estos supuestos están excluidos, en cuanto a su preparación y formalización, de la aplicación de la Ley, según el apartado 4 del artículo 201 y a todos los supuestos, no sólo a los cursos de formación o perfeccionamiento del personal -se refiere al apartado 5 del propio artículo 201 con la expresión "los contratos a que se refiere el apartado anterior". La única hipotética objeción que podría alegarse frente a esta interpretación del precepto sería la de que mientras el apartado 4 del artículo 201, se refiere a contratos consistentes en actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal, también se refiere, sin utilizar la expresión contratos, a seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo de similar actividad, con lo que no se trataría, en estos últimos supuestos de verdaderos contratos, consideración que debe ser totalmente descartada puesto que si las actividades últimamente designadas no constituyeron el objeto de verdaderos y propios contratos, el artículo 201 no tendría que declararlas excluidas de la Ley, pues esta exclusión vendría dada de forma automática por su propia naturaleza de actividades no contractuales.

3. El examen del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, que constituye el precedente de la regulación de los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas conduce a idéntica conclusión, ya que su disposición adicional establecía que no serían aplicables sus disposiciones a la preparación y la formalización del contrato cuando el trabajo a realizar consistiera en actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación y perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, seminarios, coloquios, simposios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar, añadiendo que bastaría para acreditar la existencia de estos contratos la designación o nombramiento por la autoridad competente. Esta fórmula, sustancialmente idéntica a la que figura en el artículo 201 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas disipa todo género de dudas acerca de la misma naturaleza y la regulación idéntica de los contratos consistentes en actividades docentes y contratos consistentes en seminarios, coloquios simposios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar, pues en vez de figurar en dos párrafos y en dos apartados distintos como en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas figuran en un solo párrafo sin la utilización de la expresión "contratos" para un solo tipo de actividades.

4. Sentado que, tanto en la regulación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como en la del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, las disposiciones respectivas no resultan aplicables a los contratos reseñados, resulta ocioso plantearse si a las mismas les resulta de aplicación los artículos 3, 4, 7 y 9 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, relativos a la exigencia de una memoria, del pliego de cláusulas particulares y, en su caso, del de prescripciones técnicas y a la utilización

del concurso como forma de adjudicación, pues su no aplicación deriva de la declaración terminante, en este sentido, del artículo 201.4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la disposición adicional del Real Decreto 1465/1975, de 17 de julio, incluso, si, en relación con este último, no hubiera existido declaración de no aplicación de sus preceptos, tal consecuencia derivaría de la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto expresamente admite la subsistencia del citado Real Decreto en cuanto no se oponga a su contenido y las hipotéticas exigencias de memoria, pliego y concurso, se oponen al contenido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, concretamente a lo dispuesto en el artículo 201, apartados 4 y 5.

CONCLUSIONES.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que el apartado 5 del artículo 201 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece que para acreditar la existencia de los contratos bastará la designación o nombramiento por autoridad competente resulta aplicable, no solo a los contratos que tengan por objeto actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, sino también a los contratos que tengan por objeto seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad.

2. Que en ningún caso resulta de aplicación a este tipo de contratos las exigencias de los artículos 3, 4, 7 y 9 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, relativas a una memoria, pliegos y utilización del concurso.

Informe 27/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Clasificación de empresas. Improcedencia de la exigencia de clasificación de una empresa con posterioridad a la adjudicación del contrato.

ANTECEDENTES.

Por el Subsecretario del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se dirige el siguiente escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

> *"Sometida a fiscalización limitada previa la propuesta de adjudicación de un contrato administrativo de carácter plurianual, la Intervención Delegada del MAPA nos remite informe fiscal adjunto observando "que las clasificaciones acreditadas por las empresas adjudicatarias (que concurren en Unión Temporal de Empresas) concluyen en 31.05.97, 21.12.98 y 06.09.99, respectivamente, por lo que durante la vigencia del contrato, prevista hasta el 31.03.2001, han de proceder a la correspondiente renovación, extremo éste que deberá acreditarse con las certificaciones que se remitan a liquidación".*
>
> *Habiéndose firmado el contrato administrativo el 30.05.97, tras la conformidad de dicha Intervención Delegada respecto al resto de aspectos examinados, es el objeto de este escrito solicitar de ese Organismo el oportuno informe jurídico acerca de dicha observación, toda vez que este Organo Contratante estima que la posesión de la clasificación correspondiente debe acreditarse en el momento de la formalización del contrato (y previamente ante la Mesa de Contratación)."*

A dicho escrito se acompaña el informe fiscal de la Intervención Delegada en el Ministerio emitido en los términos que se reseñan en el propio escrito de consulta.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se suscita en el presente expediente la cuestión del momento en que resulta exigible el requisito de la clasificación, cuestión que debe ser abordada de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el significado que en la misma tiene tal requisito, distinguiendo, sobre la base de la adjudicación del contrato, el período anterior y posterior a dicha adjudicación.

2. La regla general de la que parte la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la de que la clasificación, en los supuestos en que este requisito sea exigible, debe concurrir en el momento de la adjudicación del contrato pues así se deduce inequívocamente del artículo 25.1 de la propia Ley en cuanto establece el requisito de la clasificación "para contratar con las Administraciones Públicas".

En la fase anterior a la adjudicación del contrato la regla general reseñada debe tenerse en cuenta en la interpretación del artículo 80.2.h) pues dado que este artículo y apartado exige que se acompañe a la proposición de los licitadores, en sobre aparte, los documentos que acrediten la clasificación de la empresa, debe rechazarse la posibilidad de adjudicar el contrato, cuando de la documentación reseñada resulte clasificación en vigor en el momento de la presentación de la documentación, pero que ha de vencer con anterioridad a la adjudicación, pues también en este caso, sobre la formalidad de la presentación, ha de primar el requisito básico de que la clasificación debe concurrir en el momento de la adjudicación del contrato.

3. En la fase posterior a la adjudicación, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se ocupa del requisito de la clasificación, ni siquiera para configurar su pérdida como causa de resolución del contrato, por lo que debe concluirse que

adjudicado el contrato a empresa con clasificación adecuada su pérdida o disminución de categoría no produce efecto alguno sobre la ejecución.
Fundamentalmente esta conclusión se desprende de la regulación contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de las causas de resolución en el artículo 112, pues si bien en el mismo se observa que ciertos supuestos de pérdida de personalidad o capacidad y de incursión en supuestos de prohibición de contratar (muerte o incapacidad sobrevenida de las personas físicas, extinción de personalidad de las personas jurídicas, declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores, de insolvente fallido o acuerdo de quita y espera) se configuran como causas de resolución, en sus apartados a) y b), no sucede lo mismo con la pérdida o insuficiencia sobrevenida de la clasificación a la que ninguna mención se hace en el citado artículo 112.
Por lo demás, parece obvio resaltar que la pérdida de la clasificación no puede encajar en el concepto de incapacidad sobrevenida a que hace referencia el artículo 112.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo porque dicha incapacidad se refiere sólo a las personas físicas, con lo que se produciría un trato distinto para éstas y para las personas jurídicas, sino por la consideración fundamental de que la clasificación no es un requisito de capacidad, sino de solvencia, conforme se desprende del artículo 15.1 de la Ley al señalar que la clasificación sustituye a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

4. Haciendo aplicación de las consideraciones anteriores al supuesto consultado hay que señalar que, como se indica, la firma del contrato tuvo lugar el 30 de mayo de 1997 y la adjudicación tuvo que ser anterior o de la misma fecha, por lo que la circunstancia de que las clasificaciones de las empresas adjudicatarias tengan previsto su vencimiento en 31 de mayo de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 6 de septiembre de 1999, no tiene influencia en la ejecución del contrato cuya duración está prevista hasta 31 de marzo del año 2001.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el requisito de la clasificación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aparece referido al momento de la adjudicación del contrato, por lo que la pérdida posterior de tal clasificación no debe producir efecto en la ejecución del contrato, dado que ni siquiera tal pérdida ha sido configurada como causa de resolución en el artículo 112 de la Ley.

Informe 56/97, de 2 de marzo de 1998. Capacidad para contratar e incompatibilidades. "Inviabilidad de adjudicación de un contrato a diversos profesionales sin concurrir en unión temporal de empresas".

ANTECEDENTES

Por el Consejero de Hacienda y Promoción Económica del Gobierno de La Rioja se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

> *"En el ámbito de contratación de esta Administración Autonómica es frecuente, en materia de contratos de asistencia técnica para la redacción de proyectos - generalmente de cuantías que, en la mayor parte de los casos, no excedan de diez millones de pesetas- que se presenten a la licitación varios profesionales, individualmente facultados para la realización del objeto del contrato, no constituidos en unión temporal de empresarios.*
>
> *Dado que el artículo 24 de la vigente Ley de Contratos establece que la Administración "podrá" contratar con uniones de empresarios, se ha planteado la duda de si tales profesionales deben concurrir a las licitaciones en unión temporal de empresarios o, en su defecto, previamente constituidos en sociedad civil o si por contrario puede la Administración contratar simultáneamente con los suscriptores de una misma oferta no constituidos en unión temporal, estableciendo expresamente en el contrato que cada uno de ellos se obliga solidariamente frente a la Administración al cumplimiento de las obligaciones establecidas en aquél*
>
> *A la vista de lo cual se solicita a esta Junta Consultiva se pronuncie sobre la legalidad de esta última solución."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Aunque la cuestión que se suscita en el escrito de consulta se centra en determinar la legalidad del supuesto de que la Administración contrate simultáneamente con profesionales suscriptores de una oferta no constituidos en unión temporal estableciendo expresamente en el contrato que cada uno de ellos se obliga solidariamente frente a la Administración al cumplimiento de las obligaciones establecidas en aquél, conviene hacer algunas consideraciones previas que sirvan de antecedente a la solución que se propugna, ya que en el escrito de consulta se alude a figuras jurídicas distintas a la unión temporal de empresarios como es la sociedad civil.

Por otra parte se hace necesario precisar que, aunque la consulta se refiere a profesionales, la solución que se admita debe ser general para toda clase de empresarios y contratistas, puesto que no existe en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas normas específicas que, en este aspecto, afecten exclusivamente a profesionales.

2. La legislación de contratos de las Administraciones Públicas no contiene una regulación detallada del requisito de la personalidad o capacidad jurídica, por considerarla presupuesto de la capacidad de obrar que, en el aspecto de su acreditación, se regula en el artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en los artículos 4,5 y 6 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley. Lo que sí contiene el propio artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es el principio general de que pueden contratar con la Administración las personas naturales y jurídicas, con lo que, expresamente, viene a establecer el requisito de la personalidad o capacidad jurídica y permite afirmar que los empresarios, por tanto también los profesionales, pueden contratar con la Administración cuando sean personas naturales o físicas y cuando sean personas jurídicas y cumplan los requisitos en cada caso establecidos para adquirir personalidad (sociedades mercantiles, sociedades civiles, asociaciones y fundaciones) y que, por el contrario, la falta de personalidad impide celebrar contratos con la Administración a otras figuras jurídicas como la constituida por la comunidad de bienes.

3. Una particularidad del requisito de la personalidad o capacidad jurídica para contratar con la Administración establece la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y es la constituida por las uniones temporales de empresarios a las que se refiere el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al señalar que 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.

De la regulación de las uniones temporales de empresarios constituida, además de por el citado artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por el artículo 32 de la misma y por el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, que debe considerarse vigente a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley, se deduce, a efectos de contratación, la simplicidad de la figura y la ausencia de formalismos constitutivos, habiendo ya aclarado esta Junta en sus informes de 30 de mayo de 1996 (Expediente 24/96) y de 14 de julio de 1997 (Expediente 25/97) que, a efectos de contratación, no resulta de aplicación la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional, donde se establecen una serie de condiciones y requisitos (entre ellos el de la duración limitada a 10 años) para acceder a un régimen fiscal especial, pero que, como se afirma en los citados informes, dada su finalidad "carece de influencia en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas".

Desde el punto de vista de esta última, el artículo 27 segundo párrafo, de Reglamento General de Contratación del Estado señala para que sea eficaz la agrupación, hoy hay que entender la unión de empresarios, frente a la Administración bastará, en el sentido gramatical de ser suficiente, que en el escrito de proposición se indiquen los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban, la participación de cada uno de ellos y que se designe la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de todos ellos frente a la Administración.

Del precepto reglamentario transcrito se deduce que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no establece especiales requisitos constitutivos de la unión temporal de empresarios, pues unos son simplemente identificativos de los empresarios que integran la unión (nombres y circunstancias de los empresarios y participación de cada uno de ellos) y otro hace referencia a una norma general de procedimiento que, además despliega sus efectos durante la ejecución del contrato cual es la designación de representante, que viene también establecida en el artículo 24 de la Ley.

La simplicidad de la constitución de la unión temporal de empresarios, tal como ha quedado detallada, determina que esta Junta no alcance a comprender el significado de la expresión utilizada en el escrito de consulta de tratarse de "suscriptores de una misma oferta no constituidos en unión temporal" pues si con ello trata de destacarse que no se han cumplido requisitos especiales de forma, ha de significarse que los mismos no son necesarios y si se quiere señalar que ni siquiera se cumplen los exigidos por el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado habría que afirmar que nos encontraríamos en un supuesto tan insólito de personas que no se identifican, no designan su participación y no designan representante, que difícilmente podrían ser admitidas a celebrar contratos con la Administración, aunque parece evidente que no es este último extremo el que se consulta, sino más bien el anterior.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los profesionales, al igual que el resto de las personas que pueden contratar con la Administración, han de ser personas físicas o constituirse en personas jurídicas que reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico general para gozar de personalidad.

2. No obstante lo anterior, también podrán concurrir a la contratación en unión temporal de empresarios, siempre que reúnan los mínimos requisitos de identificación y designación de representante previstos en el segundo párrafo del artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Informe 23/98, de 11 de noviembre de 1998. "Intervención de la Mesa de contratación en la negociación con la empresas adjudicatarias de un contrato marco y duración de las prórrogas en contratos de servicios.

ANTECEDENTES

Por el Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

De conformidad con el Real Decreto 30/1991, se eleva la siguiente consulta a ese órgano sobre la aplicación de los artículos 183.f) y 199 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas:

Primera consulta:

Este Cabildo desea seleccionar a un máximo de tres empresas para la ejecución de un contrato marco de suministro de material informático. Dicho contrato se adjudicará con sujeción a los principios básicos que informan la Ley 13/95. El art. 183.f) de la Ley 13/95 establece la posibilidad de acudir al procedimiento negociado en las adjudicaciones derivadas de un acuerdo o contrato marco.

Se nos plantea la siguiente duda:

¿Es preciso que en la negociación con la/las empresa/s adjudicatarias del contrato marco intervenga la Mesa de Contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 82 y 93 de la Ley 13/95?.

Segunda Consulta:

Este Cabildo tiene suscrito diversos contratos con empresas de servicios. En los Pliegos de Condiciones y los respectivos contratos se establece que Ala duración del contrato será de un año si bien podrá prorrogarse de conformidad con el artículo 199 de la Ley 13/95, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

La aplicación de la citada Cláusula suscita las siguientes dudas:
a))Permite la Cláusula citada prorrogar el contrato hasta el límite de seis años previsto en el artículo 199 de la Ley 13/95?. En caso de respuesta negativa.
b) ¿Qué relación debe existir en aplicación del artículo 199, entre la duración inicial del contrato y el número de prórrogas del mismo?, es decir, ¿los contratos de duración inferior a cuatro años qué número de prórrogas admiten?.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Se plantean en el escrito de consulta del Presidente del Cabildo Insular de Tenerife dos cuestiones netamente diferenciadas, que ni siquiera guardan relación la una con la otra y que, por tanto, tienen que ser examinadas y resueltas con absoluta independencia. La primera cuestión consiste en determinar cual sea la intervención de la Mesa de contratación en los acuerdos o contratos marco -en la negociación con la empresa o empresas adjudicatarias del contrato marco se dice en el escrito de consulta- y la segunda cuestión consiste en determinar la duración de las prórrogas en

los contratos de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. La resolución de la primera cuestión suscitada ha de partir de las consideraciones generales que deben hacerse en relación con la figura de los acuerdos o contratos marco para, a continuación, examinar las posibilidades de intervención Mesa de contratación en su adjudicación.

La figura del acuerdo o contrato marco se incorpora con carácter general a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el artículo 183 como consecuencia de la disposición que esta figura dedica la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, sin perjuicio del antecedente más remoto que suponen los denominados concursos para la determinación de tipo que deben considerarse una modalidad de los acuerdos y contratos marco y que ya recogía el artículo 87.6 de la Ley de Contratos del Estado para los contratos de suministro, aunque ahora el artículo 211 apartado f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas extiende también esta figura a los contratos de servicios.

De la escueta regulación de los acuerdos o contratos marco en la Directiva 93/38/CEE (artículos 1.5, 5, 14.9 y 20.2 i) y de las también escuetas referencias a los citados preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se puede deducir el régimen jurídico de los acuerdos o contratos marco, siendo su característica fundamental la existencia de dos procedimientos distintos, aunque íntimamente enlazados, que son el propio acuerdo o contrato marco y las adjudicaciones directas derivadas del propio acuerdo o contrato marco. El acuerdo o contrato marco, se adjudica normalmente por concurso, aunque no debe excluirse su adjudicación por procedimiento negociado si su cuantía lo permite (inferior a 2.000.000 de pesetas según el artículo 183 i) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque es difícil admitir este supuesto si se tiene en cuenta que el artículo 14.9 de la Directiva 93/38/CEE, regla aplicable en defecto de otra más específica de la legislación española, establece que la base para el cálculo del valor de un acuerdo marco será el valor máximo -estimado de la totalidad de los contratos previstos para el período fijado. Por el contrario las adjudicaciones directas derivadas de un acuerdo o contrato marco ya adjudicado se realizan por procedimiento negociado sin publicidad, sin que por la especificidad del supuesto y su conexión con el contrato previamente adjudicado, las adjudicaciones directas tengan que someterse a un verdadero expediente de adjudicación, pudiendo aplicarse sin dificultad las normas pertinentes que respecto al Servicio Central de Suministros y concursos para la determinación de tipo se contienen en el Decreto 3186/1968, Decreto 3392/1973, de 21 de diciembre y Orden de 17 de abril de 1984.

Hechas estas consideraciones sobre la figura del acuerdo o contrato marco es fácil precisar la intervención de la Mesa de Contratación, reiterando, sobre todo, criterios expuestos por esta Junta en sus informes de 30 de mayo de 1996 (Expediente 26/96) y de 11 de junio de 1998 (Expediente 9/98), sobre la necesidad de conciliar la preceptiva intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento negociado con la necesaria flexibilidad que este último ha de tener en su tramitación.

Si el acuerdo o contrato marco se adjudica por concurso, como debe ser la regla general, la intervención de la Mesa no debe suscitar dificultad alguna al presentar las mismas características que en cualquier adjudicación por concurso.

Si excepcionalmente por considerar que el importe del acuerdo o contrato marco es inferior a 2.000.000 de pesetas, computado tal importe aplicando la regla del artículo 14.9 de la Directiva 93/38/CEE, reiterando criterios anteriores de esta Junta ha de sostenerse que la Mesa de contratación no interviene en las negociaciones características del procedimiento negociado, sino que su función se limita a elevar propuesta de adjudicación al órgano de contratación en cualquier momento, aunque sea inmediato, anterior a la adjudicación.

Finalmente debe sostenerse que en las adjudicaciones directas derivadas de un acuerdo o contrato marco, es decir, en el procedimiento negociado sin publicidad a que se refiere el artículo 183 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por sus características especiales y su vinculación al acuerdo o contrato marco adjudicado, debe prescindirse de la propuesta de la Mesa de contratación al venir predeterminadas las adjudicaciones directas de conformidad con la previa del acuerdo o contrato marco.

3. La cuestión suscitada en cuanto a la duración de las prórrogas en contratos de servicios, al amparo del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de ser resuelta sobre la base de la interpretación de dicho artículo, sin que pueda ser la meramente literal dada la falta de previsión que se observa en este extremo, al establecer que "los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años... si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de seis años".

La primera consideración que debe hacerse es la de que la prórroga debe estar prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues así lo exige el artículo 199.1 de la Ley y, aunque no lo diga expresamente, también la duración de la prórroga, por ser aquélla un elemento constitutivo de ésta, con lo que, al ser el pliego de cláusulas administrativas particulares el definidor de los derechos y obligaciones de las partes, debe concluirse que si no prevé la prórroga y su duración, ni una ni otra podrán tener aplicación. Con ello la cuestión planteada se reconduce a determinar qué precisiones debe contener el pliego de cláusulas administrativas particulares en cuanto a la duración de la prórroga en los contratos de servicios, siempre que -insistimos- haya de consignarse en el pliego la posibilidad de prórroga y su duración para que este extremo produzca sus peculiares efectos.

Sentado lo anterior y ante el silencio del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre el extremo concreto de la duración de las prórrogas en los contratos de servicios, esta Junta Consultiva entiende que debe sostenerse que las prórrogas no podrán tener una duración superior al plazo de duración pactado para el contrato por los siguientes argumentos:

En primer lugar, por un criterio derivado de la consideración de la prórroga como un elemento complementario y no esencial del contrato, que puede existir sin prórrogas, por lo que parece lógico sostener que el elemento accidental y complementario no pueda tener una duración superior a la del contrato principal.

En segundo lugar, por un criterio derivado de los antecedentes normativos del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituidos por el artículo 5 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, en el que se fijaba el plazo de máxima duración del contrato en un año, con la misma posibilidad de prever su prórroga, sin que esta última posibilidad pudiera alterar el criterio restrictivo en cuanto a la duración de los contratos regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

Por último por un criterio reflejado en le propio artículo 199.1 para el supuesto que el contrato se pacte por el plazo máximo de cuatro años, en cuyo supuesto la prórroga, por expresa dicción del artículo 199, no podrá exceder de dos años, es decir, de la duración máxima del contrato, incluidas las prórrogas, de seis años.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la intervención de las Mesas de contratación en la adjudicación de acuerdos o contratos marco es distinta según se realice por concurso o por procedimiento negociado, siendo en el primer supuesto la que se produce en todos los supuestos de adjudicación por concurso y en el segundo -la adjudicación por procedimiento negociado siempre que la cuantía del acuerdo o contrato marco sea inferior a 2.000.000 de pesetas- se limita a formular propuesta de adjudicación al órgano de contratación en cualquier momento, aunque sea inmediato, anterior a dicha adjudicación.

2. Que las adjudicaciones directas derivadas de un acuerdo o contrato marco previamente adjudicado, por sus especiales características y derivación de este último, no requieren intervención de la Mesa de contratación.

3. Que las prórrogas y su duración en los contratos de servicios a que se refiere el artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deben fijarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, debiendo utilizarse el criterio de que la duración de la prórroga no debe exceder de la del propio contrato, por los argumentos interpretativos expuestos en el apartado 3 de este informe.

Informe 26/98, de 30 de junio de 1998. Preparación del contrato. "Consulta en relación a contratos de hostelería que se celebran con motivo de cacerías en fincas, del Organismo Autónomo Parques Nacionales".

ANTECEDENTES

1. Por el Interventor General de la Administración del Estado se da traslado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la consulta formulada por el Interventor Delegado en el Organismo Autónomo Parques Nacionales, cuyo traslado se efectúa por entender el Interventor General que la segunda de las cuestiones planteadas excede del contenido propio del ejercicio de las funciones de control interno que la legislación presupuestaria encomienda a la Intervención General y entra dentro de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. En el escrito del Interventor Delegado en el Organismo autónomo Parques Nacionales después de hacer constar que su consulta se refiere a gastos de mantenimiento y gestión, especialmente de restauración, en la finca de la Encomienda de Mudela con motivo de cacerías y de formular consulta sobre extremos presupuestarios y de gestión de gasto pasa a formular las siguientes preguntas concretas:

a) ¿Podría utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad para servicios de hostelería en el caso planteado acudiendo al artículo 211 g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?.

b) En el caso de que la solución del punto a) anterior fuese afirmativa ¿debería acompañarse al expediente de gasto declaración expresa del titular del Departamento sobre que la ejecución de dicho contrato debe ir acompañado de medidas de seguridad especiales?.

c) ¿Podría ser el Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales el que efectuase esta declaración sobre medidas de seguridad especiales?.

d) ¿Podría emitirse una única Declaración para todos los gastos que se originasen en una determinada cacería o sería necesario efectuar una Declaración para cada gasto que supere los límites máximos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?.

e) En el caso de que dicho gasto se tramitase por el procedimiento negociado sin publicidad en virtud del art. 211 g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ¿cómo debería tramitarse dicho expediente?.

- Pasando por Mesa de Contratación y tramitándose en dos fases: mediante documentos contables AD y O exigiéndose al contratista los requisitos que establece el TÍTULO II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- Sin pasar por Mesa de Contratación tramitándose el correspondiente documento contable a pago ADO incluyéndose la correspondiente Declaración de medidas de seguridad especiales?.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Las diversas preguntas que se hacen en el escrito del Interventor Delegado en el Organismo autónomo Parques Nacionales, que la Intervención General de la Administración del Estado traslada a esta Junta Consultiva y que hacen referencia a la contratación de los servicios de hostelería, pese a su fragmentación en diversas preguntas, pueden resumirse para su contestación por esta Junta en la de si en estos contratos puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previsto en el apartado g) del artículo 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, caso afirmativo, a quién corresponde la declaración expresa exigida por dicho artículo

y apartado, con qué extensión y si resulta preceptiva o no la intervención de la Mesa de contratación.

2. El artículo 211 g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con redacción casi idéntica a la de los artículos 141. f) para los contratos de obras y 183.h) para los contratos de suministro establece que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa en el supuesto, que habrá de justificarse en el expediente, de contratos declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con las disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado añadiendo que en este ultimo supuesto en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada.

De los términos en que aparece redactado el transcrito apartado g) del artículo 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se deduce que en el mismo se diferencian tres supuestos distintos que son el de contratos declarados secretos o reservados, el de aquéllos que deban ir acompañados de medidas de seguridad especiales y aquéllos en que así lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, exigiendo para le primer supuesto la declaración del carácter secreto o reservado, para el segundo que las disposiciones legales o reglamentarias exijan el acompañamiento de medidas de seguridad especiales y el tercero la declaración expresa del titular del Departamento ministerial respectivo que no podrá ser delegada.

Prescindiendo del supuesto del carácter secreto o reservado de los respectivos contratos, al que no se refiere la consulta, es evidente que esta Junta Consultiva no puede pronunciarse sobre si los supuestos reseñados en el escrito de consulta deben ir acompañados de medidas de seguridad especiales o que afecten directamente a la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, debiendo limitarse a señalar que la necesidad de las medidas de seguridad especiales, que siempre habrán de justificarse en el expediente, viene subordinada a su establecimiento en disposiciones legales o reglamentarias, por lo que, en definitiva, serán de estas disposiciones de las que habrá que deducir su necesidad y que cuando se acuda al procedimiento negociado sin publicidad la apreciación de que así lo exige la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado habrá de ser realizada por el Ministro en la declaración expresa que ha de formular, en este caso por la Ministra de Medio Ambiente que no podrá delegarla en el Presidente del Organismo autónomo.

El resto de preguntas sobre materia de contratación que se formulan en el escrito de consulta no presentan especiales dificultades para su resolución, pues es evidente que los requisitos exigidos lo son para cada contrato que se celebre, sobre todo, si se tiene en cuenta el carácter restrictivo y excepcional del artículo 211 g) y que la intervención de la Mesa de contratación en los procedimientos negociados resulta preceptiva a tenor de los artículos 82 y 93 de dicha Ley, sin que exista dispensa de tal requisito para los supuestos contemplados en el artículo 211 g) de la Ley, ni, en general, para ningún supuesto de procedimiento negociado sin publicidad.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la aplicación del artículo 211 g) a los contratos de hostelería requiere que de disposiciones legales o reglamentarias resulte que deben ir acompañados de medidas de seguridad especiales, lo que deberá justificarse en el expediente de contratación o que el Ministro correspondiente, en este caso, la Ministra de Medio Ambiente haga declaración expresa de que el procedimiento negociado es exigido por la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. Que dado el carácter restrictivo y excepcional con que aparece redactado el artículo 211 g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por aplicación de las reglas generales de contratación, tales requisitos deben cumplirse respecto a cada uno de los contratos que se celebre.
3. Que en estos supuestos, como en todos los de procedimiento negociado, resulta preceptiva la intervención de la Mesa de contratación, de conformidad con los artículos 82 y 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 32/98, de 30 de junio de 1998. Capacidad para contratar e incompatibilidades. "Inviabilidad de adjudicación de un contrato a diversos profesionales sin concurrir en unión temporal de empresas".

ANTECEDENTES.

Por el Consejero de Hacienda y Promoción Económica del Gobierno de La Rioja se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 1997 (registro de salida S 32853) se solicitó a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa pronunciamiento sobre la legalidad de que la Administración pudiese contratar simultáneamente con los suscriptores de una misma oferta no constituidos en unión temporal, estableciendo expresamente en el contrato que cada uno de ellos se obliga solidariamente frente a la Administración al cumplimiento de las obligaciones establecidas en aquél.

El dictamen emitido al respecto por esa Junta Consultiva (56/97) no abordó el problema planteado ya que, tal como expresaba en sus consideraciones jurídicas la simplicidad de la constitución de la unión temporal de empresarios... determina que esta Junta no alcance a comprender el significado de la expresión utilizada en el escrito de consulta de tratarse de suscriptores de una misma oferta no constituidos en unión temporal....

En consecuencia, se procede a replantear la cuestión en los siguientes términos:

No se cuestiona si es o no necesario formalizar la unión de empresarios en la fase de adjudicación, que la Ley de Contratos claramente difiere en su artículo 14 hasta la adjudicación del contrato. Tampoco se consulta sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 27 del Reglamento General de Contratación para que sea eficaz la agrupación frente a la Administración.

El objeto de la consulta se ha de centrar en la posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente a la Administración para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, sin que hayan acudido formalmente a la licitación constituyendo una agrupación temporal ni en consecuencia, la formalicen después de la adjudicación.

O dicho en otras palabras, si el término "podrá" utilizado en el párrafo 1 del artículo 24 de la Ley de Contrato se refiere a la posibilidad que tiene la Administración de contratar una prestación no sólo con una persona (física o jurídica) sino con varias, siempre que en este último caso se constituyan en unión temporal de empresarios; o si por el contrario la posibilidad se refiere a la necesidad o no de constituir una unión temporal de empresarios siempre que la Administración contrate con varias personas.

Lo que se somete a la consideración de esa Junta Consultiva."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en aclarar las conclusiones del informe de esta Junta de 2 de marzo de 1998 (expediente 56/97) en el que expresamente, como tales conclusiones se sentaban las siguientes:

"1. Que los profesionales, al igual que el resto de las personas que pueden contratar con la Administración, han de ser personas físicas o constituirse en personas jurídicas que reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico general para gozar de personalidad.

2. No obstante lo anterior, también podrán concurrir a la contratación en unión temporal de empresarios, siempre que reúnan los mínimos requisitos de

identificación y designación de representante previstos en el segundo párrafo del artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado."

A la vista del nuevo escrito del Consejero de Hacienda y Promoción Económica de La Rioja hay que volver a insistir en que, a efectos de contratos con las Administraciones Públicas, conforme a los artículos 15 y 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas existen tres posibilidades o alternativas y ninguna más, que son las siguientes:

1. Que el contrato se celebre con una persona física.

2. Que el contrato se celebre con una persona jurídica.

3. Que el contrato se celebre con uniones temporales de empresarios sin personalidad, constituidas indistintamente por personas físicas o jurídicas y que reúnan -aunque este extremo no es expresamente consultado- los requisitos que derivan de los artículos 24 y 32 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado.

En consecuencia, puede afirmarse que, en ningún caso, existe la posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente a la Administración para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sin que hayan constituido una unión temporal de empresarios que deberá formalizarse con posterioridad a la adjudicación.

Obviamente hay que señalar que ni este informe, ni el de 2 de marzo de 1998, ni, en general, los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tienen carácter vinculante para el órgano consultante que, en consecuencia puede discrepar de su criterio, motivando su resolución, al no existir disposición alguna que expresamente les atribuya tal carácter de informes vinculantes, de conformidad con el artículo 80.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Informe 36/98, de 16 de diciembre de 1998. "Calificación, como de consultoría y asistencia o de servicios, de un contrato con objeto constituido por diversas prestaciones. Publicidad comunitaria de licitaciones".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo, Ente público adscrito al Ministerio de Medio Ambiente, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El artículo 197 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante L.C.A.P.), en sus apartados 2 y 3, viene a definir y por lo tanto a diferenciar, el contrato de consultoría y asistencia del de servicios.

El problema objeto de consulta consiste en la dificultad de determinar la tipificación como de consultoría y asistencia o de servicios, de aquellos expedientes de contratación que tienen por objeto actividades de apoyo a la tramitación administrativa de expedientes que incluye, entre dichas actividades, no sólo labores mecanográficas de ordenación de documentos, introducción de datos en ordenador o notificación de actos, sino también, elaboración de informes, calificación jurídica de documentación o valoraciones técnicas o económicas, trascendentes a la hora de llegar a propuestas de resolución de expedientes. Todas estas actividades podrían ser consideradas, con independencia de su mayor o menor componente intelectual, como complementarias para el funcionamiento de la Administración, que en estos supuestos no es sino culminar todos los procesos de tramitación de expedientes en desarrollo de las funciones propias del Organismo que plantea la consulta, y por tanto, contratos de servicios según establece el Art. 197, 3 b), de la L.C.A.P.

Sin embargo, planteada la consulta el Servicio Jurídico del Estado, éste entiende que la línea divisoria radica en la preminencia del trabajo intelectual para que sea tipificado como contrato de consultoría o asistencia.

Dadas la repercusiones a nivel jurídico que implica la calificación en una u otra categoría de contratos de estos expedientes, como pueden ser el exigir o no clasificación, ya que según la nueva redacción dada al Art. 25.1 de la L.C.A.P por la Ley 66/97 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, queda excluido de exigirse clasificación a los calificados como de consultoría y asistencia, cualquiera que sea su importe, así como por la necesidad o no de su publicación en el D.O.C.E., a tenor del Artículo 204.3 de la L.C.A.P, pues dichas actividades podrían estar dentro de la categoría 11, o de la 27, del Artículo 207 de la mencionada Ley.

Por ello, se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que en virtud de lo dispuesto en el Artículo 17 del Real Decreto 30/1991 de 18 de enero, regulador del régimen orgánico y funcional de la misma, se emita informe sobre el carácter de consultoría y asistencia, o por el contrario de servicios, de dichos contratos».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Dados los términos generales, sin referencia a un contrato concreto, en que aparece redactado el escrito de consulta, la contestación de esta Junta Consultiva ha de producirse en términos también generales, diferenciando el supuesto del contrato que tiene por objeto una única prestación del contrato cuyo objeto está constituido por diversas prestaciones, siendo este segundo extremo de la alternativa al que, en realidad, parece referirse el escrito de consulta.

2. La delimitación entre contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios la realiza la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el artículo 197, apartados 2 y 3, definiendo el apartado 2 el objeto de los contratos de consultoría y asistencia, declarando incluidos en tal concepto los que tengan por objeto cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores (estudios, informes, dirección, supervisión y control de obras, toma de datos, etc....) y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual, Por su parte, el apartado 3, al definir los contratos de servicios, señala que su objeto debe ser de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentre comprendido en los contratos de consultoría y asistencia; complementario para el funcionamiento de la Administración; de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones, y los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración.

En los contratos con una única prestación, por tanto, y de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 197 debe acudirse al concepto de contrato de consultoría y asistencia cuando en su objeto predominen las actividades de carácter intelectual y al concepto de contratos de servicios, además de los no comprendidos en el concepto anterior, los de servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, los de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación y los programas de ordenador a medida de la Administración.

3. Tratándose de un contrato cuyo objeto esté constituido por diversas prestaciones, en este caso concreto de consultoría y asistencia y de servicios, su régimen jurídico habrá de ser determinado de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicando las normas de la prestación económicamente más importante, en el caso consultado, por regla general, la de consultoría y asistencia, pues es indudable que el citado artículo 6 abarca no solo contratos regulados en los distintos Títulos del Libro II, sino también contratos regulados en el Título IV (de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales), pues si bien la regla del artículo 6 carece de interés práctico cuando el régimen jurídico de estos tres tipos de contratos es idéntico, lo tiene y fundamental cuando el régimen jurídico es distinto, como sucede con los contratos de consultoría y asistencia, por un lado, y la generalidad de los de servicios, por otro, dado que a partir de la reforma introducida en el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por el artículo 77, de la Ley 66/97, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para los primeros -consultoría y asistencia- no es exigible el requisito de la clasificación mientras que para los segundos -la generalidad de los contratos de servicios- este requisito de la clasificación debe continuar siendo exigido.

Por tanto hay que concluir que el contrato mixto de consultoría y asistencia y de servicios se regirá por las normas del primero, sin exigencia de clasificación, cuando la prestación de consultoría y asistencia sea la más importante económicamente y por las normas del contrato de servicios, con exigencia de clasificación, cuando el carácter económicamente más importante radique en esta última prestación.

4. Tres últimas consideraciones han de realizarse en el presente informe, relacionadas con cuestiones que se enuncian en el escrito de consulta.

La primera debe hacer referencia al informe del Servicio Jurídico del Estado, que no se acompaña al escrito de consulta, en el que se manifiesta que "éste entiende que la línea divisoria radica en la preminencia del trabajo intelectual para que sea tipificado como contrato de consultoría y asistencia", conclusión que coincide con lo hasta aquí expuesto, pero que, de no ser coincidente, dejaría en libertad al órgano de contratación para seguir su criterio o el de esta Junta, ya que ambos informes, al amparo del artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son vinculantes, sin que, como reiteradamente ha manifestado esta Junta, el ordenamiento jurídico español reconozca una alzada de informes que permita atribuir más valor al informe de esta Junta o al del Servicio Jurídico del Estado.

La segunda consideración es que la diferencia de régimen jurídico, a que también se hace referencia en el escrito de consulta, entre contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios es una consecuencia y no un presupuesto de su diverso concepto pero no puede servir para llegar a éste, es decir, no cabe la inclusión en uno u otro concepto por la circunstancia de que se opine que resulta más o menos conveniente la exigencia de clasificación.

Por último se consigna en el escrito de consulta que los contratos que examinamos, desde el punto de vista de la publicidad obligatoria de licitaciones pueden ser incluidos en la categoría 11 ó 27 del artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuestión de enorme trascendencia práctica dado que la inclusión en las categorías 1 a 16 daría lugar al requisito de la publicidad obligatoria de licitaciones, mientras que la inclusión en las categorías 17 a 27, sólo daría lugar al cumplimiento de tal requisito respecto a las adjudicaciones, no a las licitaciones.

Aunque algunas dificultades interpretativas pueden derivar de la falta de congruencia entre el artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que incorpora el contenido de los Anexos I y II de la Directiva 92/50/CEE y las normas sobre clasificación contenidas, por lo que aquí interesa, en la Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por Orden de 30 de enero de 1991, cuyos criterios se desarrollan con los del Acuerdo de esta Junta de 10 de Mayo de 1991, hecho público por Resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado de 17 de mayo de 1991, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 145, de 18 de mayo de 1971, esta Junta Consultiva entiende, si además se tienen en cuenta los Reglamentos comunitarios sobre clasificación estadística de productos por actividades (CPA) incorporados al Real Decreto 81/1996, de 26 de enero, que las actividades de consultoría y asistencia y de servicios a que se refiere el presente informe, deben considerarse incluidas, como objeto típico de contratos administrativos en las categorías 1 a 16 del artículo 207 y nunca en la categoría 27 -otros servicios- que por su mero carácter residual no puede abarcar actividades y servicios ya incluidos en las categorías anteriores, principalmente en las enumeradas en los apartados 1 a 16, por lo que debe concluirse que los contratos a que se refiere el presente informe, cuando excedan de los umbrales comunitarios, deberán ser objeto de publicidad, en cuanto a las licitaciones y adjudicaciones, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos a que hace referencia el escrito de consulta, cuando sean de prestación única, habrán de ser considerados como de consultoría y asistencia o de servicios, de conformidad con las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que cuando el objeto de estos contratos esté constituido por prestaciones de consultoría y asistencia, por un lado, y de servicios, por otro, habrá que aplicar el artículo 6 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, el régimen jurídico de la prestación económicamente más importante.

3. Que a efectos de publicidad de licitaciones en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas estos contratos no podrán ser incluidos en la categoría 27 -Otros servicios- de los enumerados en el artículo 207 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 40/98, de 16 diciembre de 1998. "Resolución de contratos no formalizados y devolución o incautación de garantías definitivas".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Getafe (Madrid) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Este Ayuntamiento contrató durante lo años 1994 y 1995, al amparo de la normativa anterior a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tres expedientes para la prestación de los servicios de excursiones que disfrutó la Tercera Edad durante 1994 (expte. 133/94), vacaciones subvencionadas por el Ayuntamiento que disfrutó la Tercera Edad durante 1994 (expte. 182/94) y excursiones que disfrutó la Tercera Edad durante 1995 (expte. 111/95), para los que el contratista, tras varios requerimientos y fuera, con mucho, del plazo legalmente establecido, depositó las correspondientes garantías definitivas, pero sin llegar a formalizar los contratos administrativos al no haber justificado hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias.

Dichos servicios fueron realizados a satisfacción del Ayuntamiento, abonándose las correspondientes facturas de los dos primeros expedientes, pero teniendo pendiente de abono las correspondientes al último de los expedientes citados.

Por el contratista se solicita la devolución de las tres garantías definitivas y se plantea la necesidad de rescindir los tres contratos, con objeto de que el órgano de contratación adopte acuerdos de abono de las facturas pendientes únicamente en relación con el expediente 111/95, en base a la correcta prestación del servicio, así como el enriquecimiento injusto que el no pago del servicio correctamente realizado produciría para la Administración, y de devolución o incautación de las garantías definitivas, punto en el que surgen las dos siguientes opiniones:

1) Devolver las garantías definitivas al no haberse producido daños ni perjuicios a la Administración y no existir, por tanto, causa para exigencia de responsabilidades, fundamentado en que diversas sentencias del Tribunal Superior parecen marcar un camino no formal a la interpretación de la ausencia de contrato formalizado.

2) Acordar la incautación de las garantías definitivas, en base a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 de Reglamento General de Contratación del Estado, las garantías definitivas responden no sólo del resarcimiento de los daños y perjuicios que se produzcan, sino también de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato. Por otra parte, en los presentes expedientes la no formalización de los contratos no puede considerarse una simple falta formal, ya que no hubiera sido posible su firma legalmente, al no haber presentado el contratista la acreditación de que no era deudor a la Hacienda Pública, y, por añadidura, esta situación se produce en las tres ocasiones y durante dos años (1994 y 1995), entendiéndose que la jurisprudencia ordena la devolución de las fianzas al referirse a ellas en relación con la indemnización de daños y perjuicios, que no es el caso de los presentes expedientes o que tratan el tema cuando el contratista cumple parcialmente la obligación.
Solicitado informe al Servicio de Administración Local de la Comunidad Autónoma de Madrid, éste es emitido en el sentido de que Acabe la resolución del contrato y,

aplicando el artículo 114.5 de la Ley 13/95, señalar expresamente en el acuerdo de resolución la procedencia de la devolución de la garantía@, pero sin argumentar legalmente los motivos por los cuales debe devolverse. No obstante, se deja constancia en dicho informe de la falta de competencias por parte del referido Servicio de Administración Local, en materia de contratación, considerando como procedimiento más seguro, ante el planteamiento de un caso de solución compleja, elevar consulta oficial a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como órgano competente sobre legislación de contratos administrativos.

Es por ello, por lo que esta Alcaldía-Presidencia solicita informe a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de la procedencia o no de la devolución de las garantías definitivas depositadas por el contratista para responder del cumplimiento de los mencionados contratos.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones de fondo suscitadas, y puesto que deben influir en la solución que se propugne, hay que destacar las siguientes circunstancias de hecho concurrentes en el presente caso tal como se describen en el escrito de consulta:

a) El Ayuntamiento de Getafe, durante los años 1994 y 1995 adjudicó a un mismo contratista los contratos de servicios de excursiones y vacaciones subvencionadas para la tercera edad (Expedientes 133/94, 182/94 y 111/95).
b) Los contratos de referencia no han sido formalizados, pese a que el contratista, tras diversos requerimientos y fuera de plazo, constituyó las correspondientes garantías definitivas, debiéndose la no formalización, según se indica expresamente en el escrito de consulta a "no haber justificado (el contratista) hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias".
c) Los contratos fueron ejecutados a satisfacción del Ayuntamiento y debidamente liquidados y abonados al contratista, salvo el contrato referente al último expediente (111/95) cuyas facturas se encuentran pendientes de abono.
d) El contratista solicita la devolución de las garantías definitivas y el Ayuntamiento se plantea la necesidad de resolver (rescindir dice) los tres contratos, tanto para decretar la devolución o incautación de las garantías, como para abonar las facturas pendientes correspondientes al expediente 115/95.

Se plantean, por tanto, en el escrito de consulta del Ayuntamiento de Getafe las cuestiones concretas de la necesidad de resolver los contratos reseñados y decretar la devolución o incautación de las garantías definitivas, así como el pago de las facturas pendientes, cuestiones que deben ser examinadas y resueltas con arreglo a los principios y preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en este punto, no difieren de los recogidos en la Ley de Contratos del Estado que podría resultar aplicable, dada la fecha de adjudicación de los respectivos contratos.

2. En cuanto a la necesidad o no de resolver los contratos, hay que llamar la atención sobre la circunstancia de que los tres contratos se adjudicaron a persona incursa en prohibición de contratar (no acreditación de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias) y aunque la situación de prohibición de contratar debió determinar la no adjudicación (artículo 20 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 9.8 de la Ley de Contratos del Estado) y no su aplicación en el momento de la formalización de los contratos, lo cierto es que su concurrencia determina la nulidad de pleno derecho de los citados contratos, tal como establece el artículo 22 de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas, pronunciándose en idéntico sentido el último párrafo del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado.

La nulidad de pleno derecho de los contratos adjudicados por el Ayuntamiento de Getafe a persona incursa en prohibición de contratar determina, por sus efectos más amplios, que no sea procedente la resolución del contrato, ya que las consecuencias que podrían obtenerse de la resolución pueden ser igualmente obtenidas con mayor facilidad dentro de la nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, existe, otros argumentos que pueden ser utilizados en contra de la posible resolución de los contratos y que derivan de la circunstancia de que éstos han sido ya ejecutados a satisfacción del Ayuntamiento, por lo que resultaría un contrasentido propugnar la resolución de los contratos ejecutados, al menos por el contratista, siendo difícil de encontrar una causa de resolución entre las enumeradas en los artículos 112 y 150 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 52 de la Ley de Contratos del Estado aplicable a los contratos con empresas consultoras y de servicios, por prescripción del artículo 1 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril. En particular debe advertirse que la resolución por falta de formalización, prevista en el artículo 112 d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 39 de la Ley de Contratos del Estado, si bien pudo operar teóricamente, si no se tuviera en cuenta la nulidad señalada, hasta que el contratista constituyó las garantías definitivas, resultará inoperante en el momento actual en el que dichas garantías han sido constituidas, pretendiéndose precisamente su devolución, sin que la falta de formalización, por falta de constitución de las garantías definitivas, por tanto, pueda tenerse en cuenta como causa de resolución de conformidad con los artículos reseñados.

Como resumen de este apartado debe concluirse que no es procedente la resolución de los tres contratos adjudicados por el Ayuntamiento de Getafe, no formalizados y ejecutados a satisfacción del mismo, aunque pueda apreciarse en los mismos el efectos de nulidad de pleno derecho al haber sido adjudicados a persona incursa en la prohibición de contratar por no justificar hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

3. Las restantes cuestiones suscitadas pueden ser abordadas partiendo de la idea de que para la aplicación de las soluciones que se propugnan no es necesaria, ni procedente acordar la resolución de los tres contratos celebrados por el Ayuntamiento de Getafe.

En cuanto al abono de las facturas pendientes en relación con el tercer contrato (Expediente 111/95) hay que proclamar su procedencia, por aplicación pura y simple del principio esencial de la contratación de que cada una de las partes debe cumplir sus obligaciones en la ejecución del contrato y habiendo el contratista cumplido las suyas (prestar los servicios de excursiones y vacaciones subvencionadas para la tercera edad) el Ayuntamiento ha de cumplir las que le corresponden reconducidas fundamentalmente a la de pago al contratista, sin que para tal pago se observen excepciones distintas a las que podrían haber operado en relación con los otros dos contratos cuyo importe ha sido satisfecho en su totalidad, y sin que la claridad de la conclusión expuesta obligue a la cita de preceptos concretos o de decisiones judiciales que confirmen tal conclusión, pudiendo simplemente aludirse al principio del enriquecimiento injusto, para llegar a la que se mantiene.

Idéntica solución y por similares argumentos debe darse a la cuestión de la procedencia de la devolución de las garantías definitivas, solicitada por el contratista, pues siendo la finalidad de las garantías definitivas (artículo 44 de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas y artículo 115 de la Ley de Contratos del Estado) el garantizar la correcta ejecución del contrato y, en su caso, responder de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración durante la ejecución, es evidente que en el presente supuesto los contratos han sido ejecutados a satisfacción del Ayuntamiento, sin que, en consecuencia se pueda apreciar la producción de daños y perjuicios, por lo que procede acceder a la solicitud de la devolución de las garantías definitivas, sin que concurra ninguna causa que autorice su incautación conforme a la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, al igual que sucede si se mantiene la vigencia para este supuesto de la derogada Ley de Contratos del Estado.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los tres contratos adjudicados por el Ayuntamiento de Getafe durante los años 1994 y 1995 para los servicios de excursiones y vacaciones subvencionadas para la tercera edad, ni pueden, ni deben ser resueltos, sin perjuicio de que en los mismos pueda apreciarse causa de nulidad de pleno derecho, al haber sido adjudicados a persona incursa en situación de prohibición de contratar al no haber justificado hallarse al corriente de sus obligaciones anteriores.

2. Que, con independencia de lo anterior, procede abonar al contratista las facturas pendientes del tercer contrato, al igual que fueron satisfechas las correspondientes a los dos primeros contratos y acceder a la solicitud del contratista de devolución de las garantías definitivas por haber sido ejecutados los contratos a satisfacción del Ayuntamiento de Getafe, sin que pueda apreciarse ningún hecho que justifique la incautación por el Ayuntamiento de las citadas garantías.

Informe 42/98, de 16 de diciembre de 1998. "Convenio entre la Dirección General de Obras Hidráulicas y Fundación Agustín de Bethencourt para trabajos de investigación, estudio de sistemas racionalizados para autogestión en contratación de proyectos y Obras Hidráulicas. Aplicación de normas reguladoras de los contratos".

ANTECEDENTES.

Por el Subdirector General de Presupuestos y Contratación de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Por la Intervención Delegada en el Departamento ha sido presentada nota de reparo contra la Resolución de esta Dirección General, por la que se ordena el pago de la última certificación librada para el pago del Convenio suscrito entre esta Dirección General y la Fundación Agustín de Bethencourt, el 27 de octubre de 1995, cuyo objeto es la realización de sistemas racionalizados para la autogestión en la contratación de proyectos y obras hidráulicas. Fase III., clave: 21.803-262/8511, y consultado el expediente, resulta:

El motivo del reparo es la ausencia de acta de recepción del objeto del Convenio, dado que de la situación anterior puede deducirse que la certificación aceptada es la final del Convenio. El objeto del Convenio consiste en la realización del "software" adecuado para el tratamiento informático de la tramitación de los expedientes de contratación, con su manual de empleo, así como la instrucción del personal que ha de utilizarlo. La razón alegada por esta Dirección General para no realizar el acta de recepción del citado "software" es la de que no es precisa la recepción en los términos fijados por la L.C.A.P para una actuación no comprendida en su ámbito de aplicación. Por ello, se considera que debe sustituirse la recepción con un certificado que acreditando el cumplimiento de lo convenido, produzca los mismos efectos administrativos que el trámite reglado de la recepción.

Para resolver esta discrepancia, que no es sino reproducción de otras anteriores, y que está paralizando la tramitación del pago del precio convenido, es por lo que se eleva escrito a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa para que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dictamine sobre la necesidad o no del acto formal de recepción en las actuaciones interadministrativas que están expresamente excluidas del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme señala su art. 3.a.p. 1.

Como apoyo del criterio de esta Dirección General sobre la inaplicabilidad de la recepción reglada por la L.C.A.P. y sus normas de desarrollo, se señala que el R.D. 2188/1995, por el que se regula el régimen del control interno que ha de ejercer la Intervención General de la Administración del Estado, dispone en su art. 28 que en los casos en que la intervención de la comprobación material de la inversión no sea preceptiva, la comprobación de la inversión se practicará con el acta de conformidad firmada por quienes participaran en la misma o con una certificación expresiva por el Jefe del centro, dependencia u organismo a quien corresponda recibir o aceptar, como se ha realizado en este caso.

De forma específica, para las actuaciones de tipo inmaterial realizadas mediante Convenio con otros órganos de las Administraciones, el mencionado criterio es concordante con la L.C.A.P, que en el Título IV de su Libro II, sobre contratos de consultoría, asistencia técnica y servicios, entre los que se incluye el desarrollo de los programas de ordenador en su art. 197.3.d), no prescribe un acto de recepción formal del objeto de contrato, lo que abona el criterio sostenido por esta Dirección General acerca de la innecesariedad del mismo.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el mismo es suscrito por el Subdirector General de Presupuestos y Contratación de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 21 de diciembre de 1995; de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997 y 11 de junio y dos de 30 de junio de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de organismos autónomos y entes Públicos, Interventor General de la Administración del Estado, Presidentes de las organizaciones empresariales representativos de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, titulares de las Consejerías de comunidades autónomas y Presidentes de Entidades Locales. En consecuencia, al venir formulada la consulta por el Subdirector General de Presupuestos y Contratación, de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, del Ministerio de Medio Ambiente, debe considerarse inadmisible dicha consulta, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas que menciona el artículo referido.

2. No obstante lo anterior y por el interés que pueda suscitar para casos similares, esta Junta considera conveniente realizar algunas precisiones en relación con las cuestiones suscitadas.

En primer lugar debe señalarse que la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los convenios de colaboración excluidos de la misma por lo dispuesto en su artículo 3.1, apartados c) y d) solo puede entrar en juego por lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Ley expresivo de que "los supuestos contemplados en el apartado anterior se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse", siendo muy distinto, como ha tenido ocasión de declarar esta Junta, la aplicación de principios de la aplicación concreta de preceptos, por lo que puede sostenerse que en los convenios excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se requiere un acto formal y positivo de recepción o conformidad, como exige el artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los requisitos y efectos previstos en la propia Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario, siendo suficiente, la expedición de certificado que acredite el cumplimiento de lo convenido, pues con ello se aplican los principios de la Ley y no el precepto concreto de su artículo 111.

La segunda precisión que debe realizarse es la de que existiendo o pudiendo existir una discrepancia entre el órgano gestor y la Intervención Delegada de la resolución de la misma habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley General Presupuestaria.

Informe 14/99, de 30 de junio de 1999. "Exigencia de clasificación en los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales".

ANTECEDENTES.

Por el Director General del Instituto Social de la Marina, Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El artículo 25.1 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dispuso como requisito indispensable para la ejecución de contratos de obras de presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas, y de consultoría, asistencia, servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales de cuantía igual o superior a 10.000.000 de pesetas, la necesidad de que el empresario hubiera obtenido previamente la correspondiente clasificación.

Posteriormente, la Orden de 4 de junio de 1997 (B.O.E. de 11 de junio de 1998) modificó el importe para la exigencia de clasificación en los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, establecido en el referido artículo 25.1 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, disponiendo textualmente:

"El importe a que hace referencia el artículo 25.1 de la Ley 13/1.995, de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, para la exigencia de clasificación a las empresas que concurran a la adjudicación de contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales, queda establecido en al cuantía de 20.000.000 de pesetas".

Finalmente, y presumiblemente al objeto de elevar la jerarquía de esta modificación e incorporarla al texto normativo correspondiente, el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica el contenido del artículo 25.1. ya mencionado, otorgándole la siguiente redacción:

"Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el art. 197.3, con excepción de los comprendidos en las categorías 6, 21 y 26 de las enumeradas en el art. 207, en ambos casos, por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de ptas., será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación".

De esta nueva redacción, se desprende efectivamente una elevación en la cuantía en la que se exige clasificación, de 10 a 20 millones de pesetas, si bien se observa que únicamente hace referencia a contratos de obras y de servicios, sin aludir a los de consultoría, asistencia y trabajos específicos y concretos no habituales, como hacía la norma anterior. Pese a ello, refleja diversas excepciones, comprendidas en las categorías 6, 21 y 26 de las enumeradas en el artículo 207, sin excluir otras categorías de dicho artículo referidas claramente a contratos de consultoría y asistencia.

En estas circunstancias, esta Dirección General entiende que la voluntad de legislador no ha sido la de eliminar la exigencia de clasificación en los contratos de consultoría, asistencia o de trabajos específicos y concretos no habituales, siempre que su importe

sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, aunque lo cierto es que actualmente el tan reiterado artículo 25.1. de la Ley 13/1995, no los menciona expresamente.

Por otra parte, analizando el contenido de la Ley 13/1995, se pueden encontrar situaciones en las que el concepto ?servicios? y ?consultoría y asistencia? resulta difuso y equívoco, encontrándose muy entrelazado; así por ejemplo, en el artículo 197.2 b) (último párrafo) de la citada Ley, cuando se definen los contratos de consultoría y asistencia como aquellos que tengan por objeto ?Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores yen los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual?, se comprueba fácilmente este hecho.

En base a todo lo cual, se solicita de esa Junta Consultiva informe sobre si, de conformidad con la normativa vigente, y sin perjuicio de las excepciones legales previstas, resulta necesario exigir del empresario clasificación en los contratos de consultoría y asistencia y en los de trabajos específicos y concretos, no habituales, cuyo presupuesto sea igual o superior a 20.000.000 ptas., o, si por el contrario, aún superando esta cantidad, es suficiente con que aquél acredite su solvencia económica, financiera, técnica o profesional por los medios previstos en los artículos 16 a 19 de la Ley 13/1995».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente es la de determinar el alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada al mismo por el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y, más en concreto, si el requisito de la clasificación continúa siendo exigible en contratos de consultoría y asistencia y de trabajos específicos y concretos no habituales, cuestión que lógicamente ha de ser resuelta, partiendo de los preceptos sobre la materia actualmente en vigor, cualesquiera que sean sus precedentes que, a los sumo, habrán de tomarse exclusivamente como puros elementos interpretativos.

2. El texto vigente del artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada al mismo por el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre viene literalmente a establecer, en su primer párrafo, primer inciso, que ?para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 197.3, con excepción de los comprendidos en las categorías 6, 21 y 26 de las enumeradas en el artículo 207, 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?.

Los términos en que aparece redactado el precepto transcrito no dejan ninguna duda acerca de los contratos en los que, a partir de 1 de enero de 1998, fecha de su entrada en vigor, es exigible clasificación y expresa o tácitamente aquéllos en los que tal requisito no es exigible, siendo los primeros los de obras y, en general, los de servicios de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas y los segundos, los de gestión de servicios públicos, los de suministro, los de consultoría y asistencia, los de servicios comprendidos en las categorías 6, 21 y 26 enumeradas en el artículo 207, los de trabajos específicos y concretos no habituales, los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración.

2. La conclusión sentada sería suficiente para dar por terminado este informe. No obstante, como en el escrito de consulta se realizan ciertas consideraciones que, de ser admisibles, podrían conducir a conclusión contraria, en cuanto a los contratos de consultoría y asistencia, procede realizar su examen.

Así, en el escrito de consulta se alude a las dificultades de separar, en ocasiones, los contratos de consultoría y asistencia de los de servicios, por cuanto -se dice- el artículo 197.2 b) último párrafo de la Ley, al definir los contratos de consultoría y asistencia como aquéllos que tengan por objeto ?cualesquiera otros servicios... ? produce confusión; las exenciones comprendidas en las categorías 6, 21 y 26 de las enumeradas en el artículo 207, sin excluir otras categorías de dicho artículo referidas claramente a contratos de consultoría y asistencia, pudieron dar a entender que subsiste la exigencia de clasificación en los contratos de consultoría y asistencia o de trabajos específicos y concretos no habituales de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas, y en fin, puede entenderse que la voluntad del legislador, al modificar el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no fue el excluir de la exigencia de contratación determinados contratos, sino el elevar de rango normativo la elevación del límite a 20.000.000 de pesetas para los contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales que lleva a cabo la Orden de 4 de junio de 1997.

3. En cuanto al primer extremo apuntado -la dificultad de deslindar, en ocasiones, los contratos de consultoría y asistencia, de servicios, y de trabajos específicos y concretos no habituales- aún admitiéndola, hay que resaltar que la calificación del contrato es un requisito previo para la exigencia de clasificación, sin que esta última pueda influir en dicha calificación. Con ello se quiere decir que el contrato ha de ser calificado, exclusivamente por sus características, como contrato de consultoría y asistencia, como contrato de servicios o como contrato de trabajos específicos y concretos no habituales y una vez producida esta calificación, resultará o no procedente la exigencia de clasificación conforme al artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que resulte correcto la práctica, a veces detectada, de que en función del requisito de la clasificación se proceda a la calificación del contrato, es decir, calificar un contrato de servicios como de consultoría y asistencia o de trabajos específicos y concretos no habituales para eximirle de clasificación o, a la inversa, un contrato de consultoría y asistencia o de trabajos específicos y concretos no habituales como de servicios para mantener la exigencia de clasificación. En esta línea conviene insistir que las dificultades para separar, por un lado, contratos de consultoría y asistencia y de trabajos específicos y concretos no habituales y, de otro lado, contratos de servicios, que ha de realizarse conforme a las definiciones y orden que se establecen en el artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque existan en casos concretos, han de quedar resueltas con anterioridad a determinar si resulta procedente o no la exigencia de clasificación, sin que, por esta circunstancia -las dificultades de reparación de figuras contractuales que puedan existir- sea lícito sostener que el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha suprimido el requisito de la clasificación para contratos de consultoría y asistencia y para contratos de trabajos específicos y concretos no habituales.

4. Enlazando en cierto modo con lo anterior conviene destacar que, aunque el artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene la enumeración de categorías de los contratos regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no establece tal enumeración a efectos de clasificación sino ?para la aplicación del artículo 204" es decir, para el cumplimiento de la obligación de publicidad comunitaria, continuando determinados los grupos y subgrupos de clasificación en el Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero, y en la

Orden de 24 de noviembre de 1982, nuevamente redactada por la Orden de 30 de enero de 1991, por lo que necesariamente ha de entenderse que, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han sido suprimidos los Grupos I y II establecidos en las disposiciones citadas y el Grupo III que debe considerarse subsistente, no debe aplicarse ni para contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, ni para contratos de servicios incluidos en las categorías 6, 21 y 26 de las enumeradas en el artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por ello debe concluirse que el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha suprimido el requisito de la clasificación para los contratos de consultoría y asistencia y para los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, con independencia de la categoría de las enumeradas en el artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en que, por su objeto, puedan ser incluidos los referidos contratos.

5. Por último debe descartarse la alusión que se hace en el escrito de consulta sobre la finalidad del artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que -se dice- presumiblemente es elevar la jerarquía de la modificación efectuada por Orden de 4 de junio de 1997, dado que dicha elevación de jerarquía normativa resultaba innecesaria al preceptuar el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el tercer párrafo de su apartado 1, tanto en su redacción primitiva como en la resultante del citado artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que el límite establecido para la exigencia de clasificación podrá ser elevado o disminuido para cada tipo de contrato por el Ministro de Economía y Hacienda, previa audiencia de las Comunidades Autónomas, con arreglo a las exigencias de la coyuntura económica. El que la elevación a 20.000.000 de pesetas para la exigencia de clasificación en contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales no era necesario realizarla por Ley, ni, por tanto, elevar el rango de la Orden de 4 de junio de 1997, queda avalada por la circunstancia de que ésta última desplegó sus efectos propios en el período transcurrido entre la fecha de su entrada en vigor y el 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor del artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, a partir de 1 de enero de 1998, la nueva redacción del artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, operada por el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, ha suprimido el requisito de la clasificación para los contratos de consultoría y asistencia y para los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, cualquiera que sea su objeto específico, siendo previa a la determinación de la exigencia o no del requisito de la clasificación la calificación del contrato conforme a su verdadera naturaleza.

Informe 31/99, de 30 de junio de 1999. "Inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de determinados contratos de una cláusula que determine la obligación de la empresa adjudicataria a subrogarse en los contratos laborales del personal de la empresa que anteriormente prestaba el servicio".

ANTECEDENTES.

1. El Rector de la Universidad de Alicante se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«La mesa negociadora con las organización sindicales de esta Universidad ha hecho suyo el documento de CCOO, cuya fotocopia se acompaña, en la que se plantea la implantación en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rijan los contratos de asistencia en materia de jardinería, mantenimiento, reprografía, servicios auxiliares, al modo de lo que está establecido en los convenios colectivos sectoriales de limpieza y seguridad, me permito solicitar dictamen de esa Junta acerca de si es posible la introducción de una cláusula de este tipo habida cuenta del Título II del Libro I de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que:

1. Cabría discutir si las Administraciones Públicas pueden introducir cláusulas de este tenor, que podrían ser susceptibles de impugnación por afectar a relaciones "inter privatos", en que la Administración, como ya se ha dicho, solo tiene capacidad de control del cumplimiento de la legalidad.

2. Asimismo, cabría el riesgo de atentar contra la libre concurrencia al convertirse esta cláusula en un elemento disuasorio de nuevos licitadores.

3. Finalmente, operaría contra la posibilidad de disminución del coste al establecer unos costes fijos e inamovibles, lo que es contrario al espíritu y la letra de la Ley de Contratos».

2. A dicho escrito, conforme se indica en el mismo, se acompaña un documento de la Sección Sindical de Comisiones Obreras en la Universidad de Alicante dirigido al Presidente de la Mesa negociadora con las organizaciones sindicales denominado ?Proyecto de Comisiones Obreras para establecer las condiciones comunes para el personal y las empresas que prestan servicios externos en al Universidad de Alicante?, cuyas líneas generales, en lo que afecta a la contratación administrativa, consisten en que señalar que la empresa adjudicataria de un contrato de limpieza de edificios, jardinería, mantenimiento, seguridad y vigilancia, reprografía y empresas de servicios auxiliares está obligada a subrogarse en los contratos laborales de la empresa que anteriormente prestaba el servicio siempre que los trabajadores tengan una antigüedad mínima de siete meses anteriores a la subrogación y que tal circunstancia se incorporará a los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios de la Universidad de Alicante.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Intervención General C.A.Murcia 13/Marzo/2000

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada, en relación aparente con la contratación administrativa, ha de plantearse la naturaleza de la misma a fin de concretar la competencia de esta Junta Consultiva.

Ante todo, en cuanto a la cuestión que se suscita -posibilidad de incluir en los pliegos la subrogación en relaciones laborales-, debe afirmarse que no se trata de una cuestión de contratación administrativa, sino de una cuestión afectante a las relaciones laborales de las empresas que no puede ser resuelta con aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino con la aplicación de la legislación laboral vigente, pues tratándose de la subrogación de una empresa adjudicataria de un contrato con la Administración en los contratos laborales de la empresa que anteriormente venía ejecutando el contrato es evidente que la solución afirmativa o negativa a tal posibilidad debe derivarse de la legislación laboral, sin que sea factible, como al parecer se pretende, establecer tal posibilidad sólo para la Universidad de Alicante, no para todos los órganos de contratación, para determinados contratos de servicios, no todos los contratos de la Universidad y mediante la inclusión de las oportunas prevenciones en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares, pues la posibilidad de subrogación en relaciones laborales no puede configurarse ni como requisito de capacidad o solvencia, ni como criterio de adjudicación del contrato, extremos que son los que deben ser objeto de determinación en los citados pliegos de cláusulas administrativas particulares. De los términos que han quedado expuestos, resulta que no es factible ningún otro pronunciamiento de esta Junta, dado que tanto el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa atribuyen a esta competencia en materia de contratación administrativa y no de interpretación de normas que regulan estrictamente relaciones laborales.

Informe 34/99, de 12 de noviembre de 1999. "Consideraciones sobre la valoración del precio ofertado y la incidencia en el mismo de la aplicación de las condiciones económicas pactadas en convenios colectivos en su repercusión sobre los precios del servicio y la posibilidad de estimar las ofertas que no la apliquen como bajas temerarias".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Granada se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de consulta redactado en los siguientes términos:

«Por el Ayuntamiento de Granada se plantea la necesidad de contratar con cierta frecuencia, el Servicio de Vigilancia y Seguridad de determinados inmuebles de propiedad municipal. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, se hace constar un tipo de licitación, cuidando de que el precio del contrato sea adecuado al mercado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por parte de las empresas interesadas se han planteado en numerosas ocasiones distintos problemas, relacionados todos ellos con el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad. Se indica en el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, en su artículo 77 "Pacto de Repercusión en Precios y Competencia Desleal", dice literalmente. "Ambas representaciones hacen constar expresamente que las condiciones económicas pactadas en este Convenio tendrán repercusión en los precios de los servicios".

La Comisión de Seguimiento del Convenio, establecida en la Disposición Final II del presente Convenio, será la encargada de la comprobación del cumplimiento de lo pactado en este artículo.

Se considerará competencia desleal, con las consecuencias derivadas en la legislación vigente las ofertas comerciales realizadas por las empresas inferiores a los costes del presente Convenio.

Visto lo expuesto se alega por las Empresas,

1º) Que la Administración y cualquier otro empresario público o privado están vinculados por el artículo 77 del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad.

2º) Las ofertas económicas presentadas por debajo del artículo 77 del Convenio son temerarias y supondrán venta a pérdida.

A la vista de las alegaciones de las empresas por esta Corporación municipal, se pretende seguir un criterio único en la resolución de estas cuestiones, siendo hasta ahora, el siguiente:

Primero.- En relación con la repercusión de las condiciones económicas pactadas en convenio en los precios de los servicios, destacar en primer lugar el artículo 1 del citado Convenio "Ámbito de aplicación", donde indica que el presente Convenio Colectivo, establece las bases para las relaciones entre las empresas de vigilancia y seguridad y sus trabajadores. Por otra parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

cuya doctrina se ha seguido en estos casos por el Ayuntamiento de Granada, destaca que no cabe trasladar al ente titular del servicio público, los efectos de un Convenio Colectivo de Empresa pactado por el concesionario si dicho ente público no ha tenido intervención en su gestación. Lo contrario sería dejar en manos de una de las partes -recuérdese el tenor literal del artículo 1256 del Código Civil- el contenido, al menos en alguna medida, de una de las obligaciones de la otra: el Convenio Colectivo da expresión a un acuerdo libremente adoptado -artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores (RJ 1994/8503, RJ 1988/9451). Por todo ello, la Administración no puede constituirse en cada caso, de garante de los Convenios Colectivos que regulen las relaciones entre las empresas y sus trabajadores, máxime cuando en casos como éste existen mecanismos articulados en el Convenio, que deben ser el cauce adecuado para garantizar el cumplimiento, y en su defecto será la jurisdicción laboral quien deberá determinar si se han producido infracciones en el Orden Social.

Por otra parte en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, Ley del Contrato (como ha indicado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina), se hace constar que el contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo.

Segundo. En relación con la segunda de las objeciones formuladas por las Empresas, (las ofertas incursas en temeridad por incumplimiento del artículo 77 del Convenio Colectivo), a la vista del artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/1996, de 5 de junio, debe admitirse por la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Granada, resultando imposible su rechazo automático aunque fuese desproporcionada o temeraria, por esta sola circunstancia, sin comprobar o verificar su posible cumplimiento.

Esta es nuestra interpretación, no obstante se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la presente cuestión al objeto de determinar lo más procedente en Derecho.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se plantean en el escrito de consulta dos cuestiones que, aunque parece que se tratan de conectar al sistema de contratación administrativa, deben considerarse ajenas al mismo, consistiendo la primera en determinar si la Administración, en el examen de proposiciones económicas, debe tener en cuenta el artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad a cuyo tenor "las condiciones económicas pactadas en este Convenio tendrán repercusión en los precios" y la segunda en determinar si las ofertas presentadas por debajo, es decir, sin tener en cuenta el citado artículo 77 del Convenio son temerarias.

2. En el examen de la primera cuestión hay que partir de la idea de que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo, por otra parte los precedentes anteriores, para la adjudicación de contratos tiene en cuenta los dos elementos básicos de la oferta de la Administración expresada en el presupuesto base de licitación y las ofertas de los licitadores expresadas en sus respectivas proposiciones económicas resultando como único requisito exigible, en este aspecto, que las proposiciones económicas no rebasen al alza el presupuesto base de licitación, deduciéndose tal requisito, aparte de las normas generales presupuestarias, de la dicción expresa del artículo 75.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala que en las subastas se realizará la adjudicación al licitador que, sin exceder del tipo expresado oferte el precio más bajo, precepto igualmente

aplicable al concurso, en cuanto al factor precio, por aplicación del artículo 91 de la propia Ley.

Cumplido el requisito anterior la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos -la proposición económica, por un lado y los efectos del artículo 77 del citado Convenio Colectivo por otro- que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc....

Lo anteriormente razonado se refiere, por supuesto, a las cuestiones que pueden plantearse antes de la adjudicación de los contratos, que son a las que parece hacer referencia el escrito de consulta, pues es evidente que respecto de contratos ya adjudicados, la revisión del importe de adjudicación por repercusiones derivadas del artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad deberá ajustarse a los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas sobre revisión de precios y, en general, modificaciones de los contratos que difícilmente podrán tener su fundamento en el citado artículo 77 del Convenio Colectivo.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de si las ofertas presentadas por debajo, es decir, sin tener en cuenta el citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad son temerarias- no se alcanza a comprender como puede incidir en la misma la aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Según el artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los artículos 109 y 114 del Reglamento General de Contratación del Estado, que deben considerarse vigentes a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por no oponerse a la misma y la doctrina de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre bajas temerarias en los concursos, reflejada fundamentalmente en sus informes de 5 de junio y de 18 de diciembre de 1996 (Expedientes 18/96 y 62/96) el rasgo característico fundamental de la regulación de bajas temerarias u ofertas anormalmente bajas en la terminología de las Directivas comunitarias y, precisamente por influjo de estas últimas es el de evitar el rechazo automático de las proposiciones incursas en presunción de temeridad efectuando, previamente a la adjudicación o rechazo, una verificación o comprobación de la susceptibilidad de cumplimiento y que la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso.

Resulta así que una oferta estará incursa en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones, por lo que, se insiste, no se alcanza a comprender como el cumplimiento o incumplimiento del artículo 77 del Convenio

Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad puede dar lugar a la presunción de temeridad, La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores y el resultado que se obtenga en orden a la existencia o no de presunción de temeridad ha de ser independiente la circunstancia del cumplimiento o incumplimiento del tan citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en el análisis de las proposiciones económicas de los licitadores el órgano de contratación debe atenerse a su cuantía, prescindiendo de las repercusiones que en la misma haya producido el artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

2. Que la determinación de si una proposición está o no incursa en presunción de temeridad, tanto en subastas, como, en su caso, en concursos, ha de realizarse mediante examen comparativo con las restantes proposiciones, prescindiendo también de las repercusiones que, en sus respectivas cuantías, haya podido producir la aplicación del citado artículo 77 del Convenio Colectivo.

Informe 38/99, de 12 de noviembre de 1999. "Fecha límite para la presentación de proposiciones por correo y requisitos para la justificación de la fecha de imposición y anuncio de la remisión de la oferta".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente del Consorcio de Aguas y Residuos de La Rioja se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Este Consorcio convocó recientemente licitación por concurso mediante procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato de Asistencia Técnica.

En el apartado "Procedimiento y forma de contratación" del Pliego de Cláusulas, se establecía:

"Los licitadores interesados presentarán sus proposiciones en la Secretaría General del Consorcio en horario de nueve a catorce horas, en el plazo de trece días naturales contados a partir del siguiente a aquél en que tenga lugar la inserción del anuncio de licitación en el Boletín Oficial de La Rioja .... También podrán presentarse proposiciones por correo, en cuyo caso el interesado deberá acreditar con el resguardo correspondiente la fecha de imposición del envío en la oficina de correos y anunciar el mismo día a la Secretaría General del Consorcio, por fax o telegrama, la remisión de la proposición. Sin cumplir tales requisitos, la proposición no será admitida".

El último día del plazo, viernes, a las catorce veinte horas, compareció un empresario que fue informado de que, sin perjuicio de admitir su proposición, ésta estaba fuera de plazo, lo que se haría constar en la correspondiente certificación de proposiciones presentadas a remitir a la Mesa de Contratación, con lo que renunció a registrar dicha proposición.

El lunes siguiente, al comenzar la jornada de trabajo, se encuentra un fax remitido por el mismo empresario a las quince horas veinte minutos del viernes anterior, cuyo texto dice:

"La documentación referida al mismo (concurso) ha sido presentada según el procedimiento administrativo previsto en el artículo 38 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Se comprueba que el fax consta de esa única hoja y por tanto no contiene la acreditación mediante resguardo de la fecha de imposición del envío.

Llegada la hora de la apertura de las ofertas económicas, sin haberse recibido esta propuesta, el informe que se lleva a la Mesa de Contratación propone la no admisión de esta solicitud de participación, por la razón de la hora de recepción del anuncio -que se considera fuera de plazo- así como porque no se acredita con éste la fecha de imposición del envío en correos, además de que, de los procedimientos que la LRJPAC establece en su artículo 38, sólo la presentación en Correos surtiría efectos en el expediente de contratación.

Tras la no admisión de la solicitud de participación, el anunciante presente un escrito de alegaciones, considerando que el horario establecido en el Pliego -de nueve a catorce horas- para la presentación de proposiciones, es el de oficina del Consorcio, (evidentemente al empresario le consta que ello no es cierto, puesto que cuando acude como he señalado a presentar directamente su proposición, estas dependencias estaban abiertas); y que a la vista del citado Pliego, el plazo finalizaba el viernes día nueve de abril, debiendo admitirse las proposiciones anunciadas a cualquier hora de dicho día; y nada se alega en contra del segundo motivo de exclusión referido a la no justificación de la imposición del envío en correos.

Las consulta que se plantean a esa Junta son:

1. Si es admisible la alegación del empresario en el sentido de que la imposición en correos del envío puede realizarse a cualquier hora del último día del plazo para la presentación de proposiciones, a la vista de las determinaciones al respecto del Pliego de Cláusulas.

2. Si, con independencia del horario de anuncio, la previsión del artículo 100 RCE: "Sin la concurrencia de ambos requisitos (justificación de la fecha de imposición y anuncio de la remisión de la oferta) no será admitida la proposición" que también figura literalmente en el Pliego, debe interpretarse en el sentido de que ambos -anuncio y justificación- deben estar en poder de la administración a la finalización del plazo para la presentación de ofertas, o si por el contrario, debió aplazarse la apertura de ofertas durante el plazo de díez días naturales.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se desprende de los términos en que se concreta la consulta son dos las cuestiones que se suscitan en el presente expediente consistente la primera en determinar si, en los supuestos de presentación de proposiciones por correo, la imposición del envío en correos puede realizarse a cualquier hora del último día del plazo y la segunda en determinar si los mismos supuestos, el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado debe interpretarse en el sentido de que los requisitos de justificación de la fecha de imposición y anuncio de la remisión de la oferta deben estar en poder de la Administración a la finalización del plazo para la presentación de ofertas o, por el contrario debe aplazarse la apertura de ofertas durante el plazo de diez días naturales.

2. La primera cuestión suscitada debe ser abordada y resuelta partiendo de la idea fundamental de que en el cómputo de plazos fijados por días, como son los relativos a presentación de proposiciones económicas en procedimientos de contratación, los días han de considerarse de veinticuatro horas, pues caso contrario se reduciría injustificadamente la duración de los plazos y aunque no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma en que expresamente se haga tal declaración, quizá por su carácter obvio, tal conclusión debe ser mantenida por los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar porque el artículo 70.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que en las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha, no la hora, de presentación. Es cierto que el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, en su párrafo segundo, indica que en el caso de presentación de proposiciones u ofertas contractuales en las

dependencias u oficinas expresadas en el anuncio las oficinas receptoras darán recibo de cada proposición en el que conste el nombre del licitador, la denominación de la obra objeto de licitación y el día y hora de la presentación, pero lo cierto es que como veremos a continuación el régimen de recibo con expresión de fecha o, en su caso, de fecha y hora se establece solamente para la presentación de proposiciones en oficinas y dependencias de la Administración y no para su remisión por correo.

Enlazando con lo anterior y en segundo lugar debe señalarse la contraposición existente en el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado entre el sistema de presentación en oficinas y dependencias de la Administración y el de remisión por correo, pues en el primero es lógico que sólo se admitan proposiciones mientras los registros están abiertos, lo que obliga al apartado 6 del citado artículo a prevenir que cada Administración Pública establecerá los días y el horario en que deben permanecer abiertos sus registros, sin que exista idéntica limitación respecto a la presentación por correo, ni en la legislación de procedimiento ni en las normas que regulan el funcionamiento del servicio de Correos, siendo esta la razón antes apuntada de que el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado exija la expedición de recibo y la consignación de día y fecha solamente para la presentación en oficina y dependencias expresadas en el anuncio, no para el supuesto de remisión por correo.

En tercer lugar, hay que aludir al artículo 3.2.b) del Reglamento (CEE, EURATON número 1182/1971), del Consejo, de 3 de junio de 1971, sobre regularización de las normas aplicables a plazos, fechas y vencimientos y que con toda claridad declara que ?un plazo expresado en días empieza a contar desde el inicio de la primera hora y acaba al finalizar la última hora del último día del plazo?. Este precepto comunitario, aparte de su aplicación directa a procedimientos de contratación sujetos a Directivas comunitarias, aunque sea a través de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tiene un valor interpretativo significativo para los restantes supuestos pues hay que descartar que el cómputo de plazos se realice de una manera u otra según resulten aplicables o no las Directivas comunitarias, cuando, además, existen otros argumentos para sostener una interpretación congruente con la declaración del artículo 3.2.b) del Reglamento 1182/1971, del Consejo, de 3 de junio de 1971.

Como última consideración de este apartado hay que mantener que el pliego de cláusulas administrativas particulares -ley del contrato- permite llegar a idéntica conclusión a la que se viene sustentando pues por un lado, para la presentación de proposiciones en la Secretaría General del Consorcio fija el horario de nueve a catorce horas y con independencia añade que también podrán presentarse proposiciones por correo, por lo que la mera redacción de la cláusula del pliego permite sostener que el horario de nueve a catorce horas no rige para las proposiciones que se remitan por correo.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de la exigencia del doble requisito de justificación de la fecha de imposición y anuncio de la remisión de oferta que establece el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado- la tesis afirmativa que sostiene el Consorcio consultante, es decir que, por no haber cumplido ambos requisitos, la oferta remitida por correo debe rechazarse, debe ser compartida, sin especiales razonamientos, por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

No obstante, como los hechos relatados en el escrito de consulta -apertura de oficinas después de la hora de cierre del registro y comparecencia del interesado- pueden suscitar algunas dudas sobre el grado de cumplimiento del interesado de sus

obligaciones en cuanto a la presentación de su oferta y, sobre todo, del conocimiento del Consorcio del hecho de la remisión por correo, atendiendo a la finalidad del precepto del artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado pudiera éste interpretarse, en este caso concreto, de acuerdo con la jurisprudencia que mantiene un criterio antiformalista favorable a la mayor posibilidad del ejercicio de los derechos de los particulares como reflejado en las Leyes reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y entonces de Procedimiento Administrativo (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 16 de marzo de 1981, 7 de julio de 1982 y de 28 de noviembre de 1975).

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la presentación de proposiciones económicas cuando se utiliza el sistema de envío por correo, puede realizarse a cualquier hora del último día del plazo, a diferencia del sistema de presentación en oficinas y dependencias de la Administración fijadas en el anuncio, que sólo podrá tener lugar en el horario en que esté abierto el registro.

2. Que el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado obliga a rechazar las proposiciones remitidas por correo cuando no se justifique la fecha de la imposición y se anuncie la remisión de la proposición por correo, antes de expirar el plazo de presentación de proposiciones, pero esta solución puede ser matizada en el presente caso, a la vista de las circunstancias concurrentes, de acuerdo con la jurisprudencia que propugna un criterio antiformalista en la aplicación de las normas de procedimiento.

Informe 41/99, de 12 de noviembre de 1999. "Naturaleza de ciertos contratos celebrados por el Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales y exigencia de clasificación".

ANTECEDENTES.

Por el Director General del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Visuales, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Cultura, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales es un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Educación y Cultura a través de la Secretaría de Estado de Cultura.

En el ejercicio de sus actividades realiza numerosos contratos administrativos, significándose para el caso que nos ocupa la realización de contratos de servicios relacionados directa o indirectamente con los materiales cinematográficos (películas, tráileres, videocasetes, etc.).

En concreto, se realizan entre otros los siguientes:
a) Servicio de transporte de películas en ámbito nacional e internacional:
Este Instituto envía a diferentes destinos nacionales y/o internacionales las copias de las películas y otros materiales que le son solicitados para su exhibición en Ciclos, Semanas de Cine, Festivales, etc.
Del mismo modo, se reciben materiales procedentes de otras Filmotecas para su proyección en nuestro país.
Estos movimientos de materiales son realizados por empresas del sector transportes, exigiéndose la pertinente clasificación en el Grupo III -Servicios- establecido por la Orden de 24 de noviembre de 1982, modificada por la de 30 de enero de 1991, si la cuantía del contrato así lo requiere.
b) Servicios de almacenaje de películas:
Dado el elevado número de materiales cinematográficos que este Organismo dispone, se hace necesario contar con un Almacén para su custodia.
Estos trabajos se realizan por empresas del sector dedicadas al almacenaje, exigiéndose la pertinente clasificación en el citado Grupo III, si la cuantía del contrato así lo requiere.
c) Servicio de repaso y visionado de materiales cinematográficos.
Dado el ingente movimiento de materiales cinematográficos (películas, tráileres, videocasetes, etc.), se hace necesario contratar a empresas que realicen constantemente el repaso y visionado de los materiales con objeto de constatar su buen estado de conservación, la calidad de las imágenes, mezclas de sonido, etc. Estos trabajos se realizan mediante la utilización de máquinas especiales, denominadas moviolas, que detectan los posibles deterioros que sufren los materiales.
Estos servicios se realizan por laboratorios cinematográficos industriales, que poseen la equipamenta precisa para su ejecución, exigiéndose la pertinente clasificación en el precitado Grupo III, si la cuantía del contrato así lo requiere.
d) Servicio de subtitulado standar y/o electrónico de películas.
Las películas extranjeras son subtituladas al castellano y las películas españolas se subtitulan a otros idiomas (francés, inglés, etc.), de modo que se proyectan en versión original pero con subtítulos.

El sistema standar consiste en insertar sobre los fotogramas una mancheta que lleva impreso el texto correspondiente al diálogo de la película.
El sistema electrónico no manipula la cinta, sino que proyecta mediante sistema láser el mensaje escrito que corresponde al diálogo, evitando el deterioro de la película original.
Estos trabajos se realizan por laboratorios cinematográficos industriales, que poseen la equipamenta precisa para su ejecución, exigiéndose la pertinente clasificación en el mencionado Grupo III, si la cuantía del contrato así lo requiere.
e) Servicios de mantenimiento y conservación de materiales cinematográficos.
Los materiales cinematográficos, fundamentalmente las películas, se deterioran con facilidad debido a distintas causas: bien de manera fortuita, por su continuo uso, por la calidad de las cintas (sobre todo las de nitrato de celulosa), etc. Esto comporta la necesidad de realizar continuos trabajos destinados a conservar y mantener en buen estado los citados materiales, procediendo a la reparación de las imágenes y los sonidos de aquellas películas que se encuentren deterioradas.
Con estos trabajos se consiguen restaurar los materiales, lográndose la fiel reproducción de las imágenes y sonidos de las películas que existían primitivamente.
Este tipo de trabajo se realiza por laboratorios convencionales o por laboratorios especializados en tratamientos especiales si el deterioro de los materiales lo precisa, exigiéndose la pertinente clasificación en el susodicho Grupo III, si la cuantía del contrato así lo requiere.
f) Finalmente se realizan otros servicios relacionados con los materiales cinematográficos, como el telecine, repicado de imágenes, transcripción a vídeo, etc., que igualmente se realizan por los laboratorios y empresas dedicadas a este tipo de trabajos cinematográficos y audiovisuales.
Una vez descritas sucintamente las características de los contratos que este Organismo realiza, relacionados con los materiales cinematográficos, se hacen las siguientes consideraciones.

1º) Este Organismo entiende que el objeto de todos los contratos arriba descritos consiste en prestar servicios de carácter técnico, industrial y comercial, regulados todos ellos por lo dispuesto en el artículo 197, apartado 3, letras "a" y "c" de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2º) Que no les son aplicables, a efectos de clasificación, la excepción prevista para los contratos de servicios en la categoría 26 del artículo 207, ya que no se trata de contratar la realización de actividades de "esparcimiento, culturales y deportivas", sino, por el contrario, contratar los servicios de las empresas especializadas en este tipo de trabajos (en concreto, y para la mayor parte de los servicios anteriormente descritos, contratar los servicios de los laboratorios cinematográficos industriales que operan en el mercado).

3º) Que las empresas licitadoras deben acreditar su clasificación, en su caso, en el reiterado Grupo III.

En virtud de lo anteriormente expuesto, eta Dirección General, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, solicita informe a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre dos cuestiones concretas:
1º) Si las consideraciones que este Organismo realiza -en relación con los contratos arriba citados- se ajustan a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2º) Informe sobre el subgrupo exigible a los licitadores (en caso de exigencia de clasificación) en los siguientes contratos:

Servicio de repaso y visionado de materiales cinematográficos.
Servicio de subtitulado standard y electrónico de películas.

Servicio de mantenimiento y conservación para lograr la restauración y reproducción de imágenes y sonidos de películas deterioradas.
Servicio de repicado de imágenes, telecine y transcripción a vídeo.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente se hace constar en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se someten a consideración de esta Junta, constituyendo la primera presupuesto fáctico de la segunda, pues es la naturaleza del contrato la que puede determinar la exigencia de clasificación. La primera cuestión suscitada consiste en determinar si los contratos que se reflejan en el escrito de consulta pueden y deben ser calificados como contratos de servicios y la segunda si, caso afirmativo, cuando excedan de 20.000.000 de pesetas, es exigible la clasificación y en cual de los subgrupos enumerados en la Orden de 24 de noviembre de 1982 debe ser encajada la correspondiente actividad.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada esta Junta comparte el criterio del Organismo consultante ya que todas las actividades que se detallan en el escrito de consulta y que, en síntesis y por la agrupación que se realiza en el propio escrito son el transporte, almacenaje y el subtitulado de películas, mantenimiento y conservación de materiales cinematográficos y otros relacionados con materiales cinematográficos como el telecine, repicado de imágenes, transcripción a video, etc. ..., encajan perfectamente en el objeto de los contratos de servicios tal como se define en el artículo 197.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro (obras, gestión de servicios públicos y suministros).

Sin necesidad de extenderse en profundos y extensos razonamientos sobre la no pertenencia del objeto de estos contratos en la categoría de los contratos de obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, por no predominar las prestaciones de carácter intelectual que prestan los profesionales en los contratos que celebran con las Administraciones Públicas, y trabajos específicos y concretos no habituales, por el carácter puramente negativo y residual de este último tipo de contratos, la única conclusión válida es la de que los contratos relacionados con películas y material cinematográfico que se enumeran o describen en el escrito de consulta son, como hemos anticipado y también sostiene el Organismo consultante, contratos de servicios, lo que permite pasar al examen de la segunda cuestión suscitada que es la referente a la clasificación exigible.

3. En su actual redacción, procedente de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social el apartado 1 del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene a establecer que ?para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 197.3, con excepción de los comprendidos en las categorías 6, 21 y 26 de las enumeradas en el artículo 207, 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?.

Para los contratos de servicios de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas, la regla general es la exigibilidad del requisito de clasificación con excepción, por lo que

aquí interesa, de los comprendidos en la categoría 26 del artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se refiere expresamente a los contratos de "esparcimiento culturales o deportivos", por lo que la cuestión planteada queda reconducida a si los contratos que menciona el escrito de consulta están o no incluidos en los de esparcimiento culturales o deportivos.

Siendo evidente que los contratos de transporte y almacenaje no pueden configurarse como contratos culturales aunque su objeto sean las películas o materiales cinematográficos y que la clasificación exigible en estos casos será la correspondiente al Grupo III, Subgrupo 9 y 8, respectivamente, de los enumerados en al norma 1 de la Orden de 24 de noviembre de 1982, según resulta, además, de la Resolución de 22 de marzo de 1999 de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se hace público el acuerdo de 17 de marzo de 1999, de esta Junta, por el que sientan criterios para la inclusión en subgrupos de las actividades de empresas consultoras y de servicios, no sucede lo mismo con el resto de contratos que mencionan que son los de repaso y visionado de materiales cinematográficos, subtitulado standard y electrónico de películas, mantenimiento y conservación para lograr la restauración y reproducción de imágenes y sonidos de películas deterioradas y repicado de imágenes, telecine y transcripción a video, extendiéndose la consulta sobre los subgrupos de clasificación sólo a estos contratos.

Para tratar de resolver esta cuestión hay que tener en cuenta como argumento decisivo para sostener que estos contratos están incluidos en la categoría 26 del artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (categoría 26 del Anexo IB de la Directiva 92/50/CEE) el que la propia Comisión Europea en su interpretación de los Anexos IA y IB de la citada Directiva incluye, como servicios de esparcimiento, culturales y deportivos los servicios de producción de películas, de cine o cintas de video y servicios afines (nomenclatura C.P.A. 92.11.3 y C.C.P. 961.a), los servicios de distribución de películas de cine o cintas de video (nomenclatura C.P.A. 92.12 y C.C.P. 961.b) y los servicios de exhibición cinematográfica (nomenclatura C.P.A. 92.13 y C.C.P. 961.c)).

De los contratos enumerados en la última parte del escrito, los de subtitulado standard y electrónico y los de repicado de imágenes, telecine y transcripción a video pueden considerarse contratos culturales por hacer referencia a la producción, servicios afines, distribución y exhibición de películas y como tales exentos de clasificación según los artículos 25 y 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la interpretación del último, en cuanto incorpora normas comunitarias, efectuada por la Comisión Europea.

Por el contrario, a los servicios de repaso y visionado de materiales cinematográficos y de mantenimiento y conservación para lograr la restauración y reproducción de imágenes y sonidos de películas deterioradas no les conviene la calificación de servicios culturales, pues aparte de su carácter material, no encajan en la interpretación de la Comisión Europea como servicios relativos a la producción de películas de cine o cintas de video y servicios afines o servicios de distribución o exhibición de películas cinematográficas, por lo que respecto a este tipo de contratos hay que sostener la exigencia de clasificación que, conforme a la Orden de 24 de noviembre de 1982 deberá hacer referencia al Grupo III - Servicios - Subgrupo 8 - Otros servicios -, al no existir otro Subgrupo en el que puedan tener encaje este tipo de contratos.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos a que se refiere el escrito de consulta son contratos de servicios de los contemplados en el artículo 197.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, como tales, sujetos al requisito de la clasificación cuando su cuantía sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, de conformidad con el artículo 25 de la Ley, siempre que no estén comprendidos en las categorías 6, 21 y 26 del artículo 207 de la misma Ley.

2. Que los contratos de subtitulado y los contratos de repicado de imágenes, telecine y transcripción a video pueden considerarse contratos de servicios culturales incluídos en la categoría 26 del artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y como tales exentos de clasificación según interpretación de la propia Comisión Europea.

3. Que, por el contrario, los servicios de repaso y visionado y de mantenimiento y conservación de material cinematográfico no deben tener encaje, según la propia interpretación de la Comisión Europea, en la categoría de servicios culturales, por lo que la clasificación será exigible, con arreglo a las normas generales y su inclusión en el Grupo III, Subgrupo 8 de los establecidos por la Orden de 24 de noviembre de 1982.

Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999. "Naturaleza de los contratos cuyo objeto consiste en la organización y desarrollo de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio de Educación y Cultura y, en su caso, exigencia de clasificación." (ver informe en 4.1.)

ANTECEDENTES

1. Por la Directora General de Formación Profesional y Promoción Educativa del Ministerio de Educación y Ciencia se remite a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Desde hace ya cinco años se viene produciendo la contratación de cursos de idiomas en el extranjero por parte de esta Unidad. Estos contratos se venían considerando como de servicios e incluidos en el Título IV de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Se adjunta con esta petición de informe una fotocopia de los Pliegos de Cláusulas Administrativas de uno de estos contratos.

Surge sin embargo, la duda de si realmente estos contratos tienen la naturaleza que se les ha venido otorgando tradicionalmente, es decir, si se trata de contratos de servicios. Una alternativa podría ser considerarlos de trabajos específicos y concretos no habituales, si bien éstos contratos parece que deben ser realizados por personas físicas, lo que no es el caso que nos ocupa. Parecería entonces que se tratarían de contratos de servicios, aunque hay que tener en cuenta que estos servicios no son prestados a la Administración, sino a los alumnos que son destinatarios de las ayudas convocadas por el Ministerio de Educación y Cultura.

En el caso de que fueran considerados como contratos de servicios, sería de interés que por parte de ese Órgano Consultivo se determinara, a efectos de la clasificación que pudiera exigirse en los Pliegos, la categoría en la que estarían integrados. Podría mantenerse que es la 24. del Artículo 208, de la Ley 13/1995, "Educación y formación profesional", pues esta es la prestación fundamental del contrato, aún cuando la organización de estos cursos incluye otros elementos además de los puramente lectivos, como es el alojamiento de los participantes, el transporte, excursiones y la contratación de una póliza de seguro que cubra los riesgos relacionados con las actividades que se realicen durante el curso.

Otra tercera alternativa sería considerar estos contratos como de naturaleza administrativa especial, según lo descrito en el artículo 5.2.b) de la ya mencionada Ley 13/1995, por el carácter complejo de la prestación solicitada por la Administración, que hace difícil su clasificación en ninguna de las categorías del Título IV.

Por todo ello, ruego que elabore un informe acerca de la naturaleza jurídica de estos contratos, para proceder a la preparación de los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo el denominado pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato administrativo de servicios relativo a la organización y realización para 2.000 alumnos becarios del Ministerio, de un curso de lengua inglesa en Gran Bretaña en el verano de 1999, del cual, a efectos del presente informe, interesa destacar el contenido de las siguientes cláusulas:

a) 1. Régimen jurídico.

1.1. El contrato a que se refiere el presente pliego tiene la calificación de contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5.2. a) en relación con el 197.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E. del 19).

b) 2. Objeto del contrato.

2.1. El presente contrato tiene por objeto la prestación, durante el verano de 1999, de los servicios que de forma pormenorizada se enumeran en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares respectivo y que consisten en la organización y realización de un curso de lengua inglesa para 2000 alumnos becarios del Ministerio, en el mes de agosto de 1999, en el Reino Unido de Gran Bretaña. Distribuidos en 4 lotes independientes de 500 alumnos cada uno, que podrán ser adjudicados por la Administración de forma separada o conjunta, sin rebasar el límite fijado en la cláusula 2.2. siguiente.

c) 7. Capacidad para contratar

7.4. Para celebrar el presente contrato, los licitadores deberán haber obtenido de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda la siguiente clasificación:

Grupo III, Subgrupo 8, Categoría D

o alternativamente:

Grupo III, Subgrupo 3, Categoría D

Las empresas extranjeras y las Uniones Temporales de empresas, deberán cumplir lo que específicamente se prevé en la cláusula 9.3 del presente Pliego.

d) 9. Documentación exigible

9.4. Sobre "C" Requisitos técnicos. Contendrá los siguientes documentos:

1. - Medios organizativos, técnicos, de infraestructura y personales afectados de modo permanente a la empresa.

2. - Memoria detallada del programa que se oferta con justificación del cumplimiento de lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, citando expresamente:

2.1. Las ciudades y centros donde se desarrollarán las actividades. Los centros relacionados, para los que se concretará nombre y dirección completa, así como su situación en un plano, no podrán ser modificados más que en casos de fuerza mayor libremente apreciados por el Ministerio de Educación y Cultura. Las empresas licitadoras deberán incluir como reservas dos centros por cada grupo de 500 alumnos para cubrir este tipo de contingencias.

A tal efecto, deberá incluir el compromiso por escrito de todos los Directores del Centro docentes implicados, en el sentido de la plena disponibilidad del Centro a favor de la empresa licitadora que presenta la oferta, para llevara a cabo la actividad

docente en las fechas establecidas. En Anexo número III se establece el modelo establecido al efecto.

2.2. Plan de transporte, con indicación específica de días, horarios de viaje y empresas de transporte, así como los otros medios complementarios utilizados para acceder al destino definitivo.

2.3. Informe pormenorizado sobre el contenido pedagógico de los cursos, con especial referencia a los aspectos orales y prácticos del aprendizaje del idioma inglés y material didáctico a utilizar.

2.4. Número de monitores encargados de la asistencia a los alumnos, así como un informe sobre su cualificación y experiencia.

2.5. Determinación del equipo y medios a emplear en el desarrollo del programa, con expresión de la persona responsable. Asimismo, deberá cumplimentarse la declaración que se incluye como Anexo número IV.

2.6. Enumeración y descripción de las actividades complementarias.

2.7. Declaración sobre las características de la póliza de seguros a contratar en caso de resultar adjudicatarios del concurso que, en ningún caso, podrán ser inferiores a las fijadas como mínimos por la Administración en el Pliego de Prescripciones Técnicas. A tal efecto se cumplimentará el modelo Anexo V.

2.8. Cualquier otro elemento que pueda mejorar la calidad del programa o cualquier otro documento técnico que pueda servir para ponderar la experiencia profesional de la empresa.

3. Asimismo se acompaña al escrito de consulta el denominado pliego de prescripciones técnicas que han de regir el mismo contrato en el que sus diversas cláusulas se van detallando siete apartados relativos a aspectos educativos, traslados, alojamiento y manutención, actividades complementarias, seguro, información y otros.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta se desprende que son dos las cuestiones planteadas en el presente expediente consistiendo la primera en determinar la naturaleza jurídica, es decir el tipo, del contrato relativo a la organización y realización para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura de cursos de idiomas en el extranjero y la segunda, consecuencia de la anterior, en determinar la clasificación exigible para estos contratos.

2. La determinación de la naturaleza jurídica o tipo de los contratos administrativos, como de los contratos en general, ha de realizarse partiendo de su objeto concreto y del contenido de las prestaciones de las partes y, en el presente caso, dado que la obligación principal de la Administración consiste en pagar el precio del contrato, de las prestaciones a que se obliga el contratista.

Descartando, sin necesidad de razonamiento alguno, que el tipo de contrato que se examina pueda ser un contrato de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro o de consultoría y asistencia, las posibilidades restantes, de conformidad con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han de quedar reconducidas a determinar si el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas

en el extranjero para becarios del Ministerio constituye un contrato de servicios, un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales o un contrato administrativo especial, posibilidades que, por otra parte, son las tres únicas que se manejan en el propio escrito de consulta.

3. El artículo 197.3, letra a), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define los contratos de servicios como "aquéllos en los que la realización de su objeto sea:
a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquiera otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.
b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.
c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes equipos e instalaciones.
d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma".

El dato decisivo de que los servicios o actividades que integran el contenido del contrato para el contratista no se realicen directamente para la Administración sino para los alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura determina la imposibilidad de encaje de dicho contrato en el artículo 197.3, letra a) que sería el procedente, ya que puede afirmarse que el servicio, servicios y actividades que integran el contenido del contrato no pueden ser calificados como servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga prestados a la Administración, confirmándose esta primera conclusión por el carácter heterogéneo, al que posteriormente aludiremos, de las prestaciones del contratista, que impedirían hablar, incluso de actividades de servicio o de prestaciones objeto específico de los contratos administrativos típicos.

4. Los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración se caracterizan en el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los que no estando incluidos en los dos apartados anteriores (consultoría y asistencia y servicios) "se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos".

El origen concreto de estos contratos reflejado en el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, para atender fundamentalmente a la contratación con profesionales, su configuración actual en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas declarando su carácter excepcional y con una definición residual y puramente negativa que ha permitido a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirmar que "los contratos que se refieren a actividades docentes o relacionados con la docencia constituyen uno de los supuestos, quizá el único, de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales a que se refiere el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informe de 18 de diciembre de 1996, expediente 68/96) y su proyección futura en el proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que suprime este tipo de contratos y viene a configurar las actividades docentes como objeto de contratos de consultoría y asistencia y que si bien no puede tenerse en cuenta como norma jurídica en vigor pero sí como importante elemento interpretativo, conducen a la conclusión de que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio tampoco puede considerarse contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, debiendo añadirse, para eliminar ésta última calificación, el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista, en el sentido

anteriormente reflejado para los contratos de servicios de no poder constituir el objeto específico de contratos administrativos típicos.

5. Los contratos administrativos especiales se definen en el artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los de objeto distinto a los anteriormente expresados (obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales) "pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley".

Resulta evidente, en el presente caso, que no existe ninguna Ley que declare el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idioma en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura contrato administrativo especial, pero también lo es que concurren la otras dos características que permiten tal calificación, pues el tipo de contrato que venimos examinando resulta vinculado al giro o tráfico específico del Ministerio de Educación y Cultura y satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia del citado Ministerio, por lo que no existe dificultad alguna para la calificación del contrato como administrativo especial.

Tal conclusión viene confirmada, además, por el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista que constituye su objeto. De las distintas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación del contrato resulta que el mismo supone para el contratista las obligaciones de realizar por sí o a través de empresas el transporte de los alumnos, cumpliendo la normativa vigente en materia de transportes; organizar los cursos eligiendo los Centros y estableciendo el contenido pedagógico; aportar el equipo y medios necesarios para la ejecución del contrato, contratando el personal necesario para atender a sus obligaciones, entre éste, un número determinado de monitores y uno de ellos, para cada ciudad, para la asistencia permanente bilingüe las 24 de horas del día; organizar actividades deportivas dos tardes a la semana, dos excursiones de medio día y una de día completo y desarrollar actividades culturales; atender las posibles necesidades especiales de alumnos que presenten alguna discapacidad física y sensorial, y, finalmente, suscribir una póliza de seguros con una compañía del ramo, a favor de todos los alumnos participantes, que cubra las contingencias que se detallan en la cláusula quinta del pliego de prescripciones técnicas.

Del contenido de las prestaciones que ha de realizar el contratista fácilmente se comprende que el objeto del contrato, como anticipábamos, no puede ser el específico de un contrato de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales, sino que conviene más a un contrato administrativo especial, que legalmente no tiene limitación de objeto, lo que unido a su encaje en la definición del artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite concluir que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, descartando, por el contrario, que se trate de un contrato de servicios o un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales.

6. La conclusión sentada permite resolver sin dificultad la segunda cuestión suscitada dado que en los contratos administrativos especiales no es exigible el requisito de la clasificación como se desprende de la actual redacción del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que solamente exige tal requisito para los contratos de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas de obras y de servicios,

con excepción, respecto de éstos últimos, de los incluidos en las categorías 6, 21 y 26 del artículo 207 de la propia Ley. Por lo demás, la declaración expresa de que en los contratos administrativos especiales no resulta exigible clasificación se incorpora al Acuerdo de esta Junta de 17 de marzo de 1999, por el que se sientan criterios para la inclusión en subgrupos de las actividades de empresas consultoras y de servicios, hecho público por Resolución de 22 de marzo de 1999 de la Dirección General del Patrimonio del Estado insertada en el Boletín Oficial del Estado, número 84, de 8 de abril de 1999.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, sin que proceda, en consecuencia, exigencia de clasificación, aunque su cuantía sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 51/99, de 21 de diciembre de 1999. "Procedencia o improcedencia de que los honorarios de un contrato de dirección de obras se retengan por el órgano de contratación para su abono al adjudicatario del contrato de obras".

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente de la Diputación de Burgos se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Comisión de Gobierno de esta Corporación, en sesión celebrada el día 15 de julio de 1999, quedó enterada del informe de fecha 30 de junio de 1999 remitido por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, relativo a la legalidad de las retenciones practicadas al contratista de las obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento Clunia, 1ª fase.

Por ello desea testimoniar a es Junta Consultiva su más atento reconocimiento, a la vez que lamenta las deficiencias observadas por la misma en la documentación enviada, motivo por el cual le presenta sus obligadas disculpas.

Consecuentemente con lo cual y como quiera que la omisión de datos y la falta de claridad apreciada en la consulta, pudiera suscitar reticencias por parte de esta Intervención contando una vez más con su reconocida amabilidad y comprensión, la Comisión de Gobierno de esta Diputación acordó entre otros extremos lo que sigue:

* Que se complete el expediente aludido mediante la remisión de los documentos a que se hace referencia en el informe.

* Y por mediar identidad de sujeto y objeto y cuestionarse igual cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en relación con la retención de honorarios de dirección de obras correspondientes a la 2ª fase del mismo edificio, ampliar la consulta al expediente a que se contrae igual reclamación por parte de la misma Empresa, ya que una resolución contraria a la correspondiente a la 1ª fase vendría a conculcar los principios de buena fe y de la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de la Administración Pública.

A tal fin, tengo a bien emitir a V.I. la documentación reseñada en dicho informe, haciendo constar que, a diferencia de lo acontecido en la 1ª fase, en el expediente de contratación de la 2ª fase no hubo necesidad de adoptar ningún acuerdo de convalidación mediante suplemento de crédito, dado que no medió error aritmético alguno en la adjudicación de las obras, ciñéndose la consulta, por tanto a la legalidad de la cláusula del pliego por la que se le retiene contratista el importe de los honorarios correspondientes a la dirección de obra."

2. Conforme se indica en el anterior escrito, se acompañan al mismo fotocopias compulsadas de diversa documentación relativa a la adjudicación y ejecución del contrato de obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento de Clunia, primera fase y respecto de la cual, que en el anterior informe de esta Junta Consultiva de 30 de junio de 1999, se ponía de relieve la falta de remisión a la misma, como antecedentes de la cuestión entonces suscitada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Nuevamente vuelve a plantearse ante esta Junta Consultiva la misma cuestión que trató de resolver el informe de esta Junta de 30 de junio de 1999, (expediente 28/99) y, aunque tampoco resultan claros los términos en que se concreta la consulta en el último párrafo del escrito en que se formula, parece ser la de concretar la legalidad de la cláusula 12 c) del pliego para la contratación de las obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos del Yacimiento de Clunia, segunda fase.

El carácter dubitativo en que se indica la cuestión suscitada responde a la circunstancia verdaderamente insólita de que la Diputación de Burgos, si bien remite la documentación relativa a la primera fase de la obra, cuyas cuestiones fueron abordadas y resueltas en nuestro anterior informe de 30 de junio de 1999 no remite, respecto a la segunda fase, ni el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni documentación alguna de la que pueda desprenderse si para la segunda fase rige el mismo pliego que para la primera y, caso contrario si el nuevo pliego contiene cláusula idéntica a la número 12 c) del pliego que rigió para la adjudicación y ejecución de la primera fase.

2. En cualquier caso, los planteamientos y consideraciones de esta Junta han de ser reiteración de los ya expuestos en nuestro anterior informe de 30 de junio de 1999, suficientemente claros y expresivos para que resulte necesario su nueva reiteración.

La cláusula 12 c) del pliego que rigió la primera fase de la obra establecía lo siguiente:

"En el supuesto de que la dirección técnica de las obras sea desarrollada por técnicos externos a esta Diputación de las certificaciones presentadas se retendrá el importe de los honorarios (IVA incluido), que deberán reflejar la bonificación del 20 por 100 por trabajos realizados a favor de la Administración, según normativa específica de aplicación en materia de tarifas de honorarios profesionales".

Respecto a tal cláusula, esta Junta realizaba las siguientes consideraciones:

"Tal cláusula, al suponer que la financiación del contrato de dirección de obras la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, mediante las retenciones que se le practican y no la Diputación, debe considerarse nula por contradecir el requisito del artículo 11.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto la celebración de los contratos por las Administraciones Públicas requiere la existencia de crédito adecuado y suficiente si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.

Sin entrar en los posibles efectos de nulidad teniendo en cuenta el principio favorable a la producción de efectos de los contratos nulos que se plasma en el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y teniendo en cuenta, también, que los defectos del pliego han sido subsanados por la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998 dictando acuerdo de convalidación mediante suplemento de crédito por importe de 687.030 (precio al parecer del contrato de consultoría y asistencia para la dirección de obras) y disponiendo la improcedencia al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa, lo cierto es que la anteriormente transcrita cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares no puede servir de base, por su irregularidad, a la tesis de la Intervención acerca de la procedencia de retención al adjudicatario de las

cantidades correspondientes al importe de los honorarios de dirección de obras, lo que, además, supondría dejar sin efecto, como se pone de relieve por el Oficial Mayor Letrado, el citado acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998, sobre convalidación e improcedencia de la retención, sin seguir ningún procedimiento al efecto".

Sin ninguna dificultad la consideración anterior puede ser trasladada a las obras de la segunda fase, tanto si para las mismas rige el mismo pliego, como si en el nuevo pliego se incluye cláusula idéntica a la examinada.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que, reiterando lo informado en 30 de junio de 1999, respecto a la segunda fase la cláusula 12 c) del pliego para la ejecución de obras de construcción de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos del Yacimiento de Clunia, debe considerarse nula por contradecir el requisito del artículo 11.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto la celebración de los contratos por las mismas requiere la existencia de crédito adecuado y suficiente, sin que pueda imponerse al adjudicatario de otro contrato la financiación.

2. Que dicha conclusión debe ser mantenida, tanto si para la segunda fase rige el mismo pliego que para la primera, como si en la segunda fase se incorpora al nuevo pliego idéntica cláusula.

Contratos de Informática

Informe 2/95, de 22 de marzo de 1995. Contratos de informática. Conceptos generales. Posibilidad de admitir la oferta de equipos usados en respuesta a un pliego de condiciones que no recoge expresamente esta posibilidad.

ANTECEDENTES

1. Por el Director General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática del Ministerio para las Administraciones Públicas, en su calidad de Vicepresidente Primero de la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI), se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"La Comisión Interministerial de Adquisiciones de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI) ha tenido conocimiento de la problemática surgida en una contratación efectuada por el Ministerio de Sanidad y Consumo al amparo del Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo, por el que se atribuyen determinadas facultades en los procedimientos de contratación de bienes y servicios informáticos, mediante la cual se adjudicó un suministro de equipo informático que resultó ser material usado. El Pliego de condiciones, que se adjunta como documento nº 1, no preveía en su clausulado la posibilidad de ofertar este tipo de material (segunda mano). Tampoco la oferta del licitador en cuestión, la empresa IPM, contenía información acerca de si el material ofrecido era nuevo o de segunda mano (ver doc. nº 2), sin embargo, con posterioridad a la fecha de adjudicación, el propio adjudicatario ha informado que el material ofrecido no tiene naturaleza de nuevo, mediante escrito de fecha 13 de enero de 1995, que se adjunta como doc. nº 3.

La práctica habitual de esta Comisión, al igual que la de las Comisiones Ministeriales de Informática y de los Organos de Contratación, ha sido la de considerar que solo cabe a los licitadores ofrecer equipos de segunda mano si esta posibilidad se recoge expresamente en el pliego de condiciones, no siendo admisibles por tanto, de acuerdo con esta práctica, ofertas como la presentada por IPM, en la que ni tan siquiera se informaba del carácter de nuevo o usado de los equipos ofrecidos.

Precisamente, esta información del carácter de nuevo o usado y, en el último caso, de la antigüedad o tiempo de uso del equipo, constituye, a nuestro entender, un elemento necesario para la valoración de ofertas previas a la adjudicación del contrato, ya que la vida útil de los equipos puede ser muy distinta según sean nuevos o hayan sido utilizados previamente con cierta intensidad, lo que redunda también en su desigual coste anual de operación, que el organismo destinatario no ha podido evaluar, al habérsele hurtado por el licitador esta información esencial.

No obstante, la situación planteada en este caso concreto, examinada por la Comisión en el curso de su sesión plenaria de 26 de enero pasado, ha suscitado una problemática de alcance general que puede resumirse en las siguientes cuestiones:

1ª; - ¿Es admisible la oferta de equipos usados en respuesta a un pliego de condiciones que no recoge expresamente esta posibilidad?

2ª; - Si la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, ¿es admisible la oferta de un licitador que no informe adecuadamente en ella del carácter de nuevo o usado de los equipos ofrecidos?

3ª; - Si la respuesta a la primera pregunta fuera afirmativa y el organismo de destino deseara adquirir equipos nuevos, ¿existiría algún impedimento o inconveniente para incluir en el pliego de condiciones una fórmula del tipo : "Los equipos ofrecidos en respuesta al presente pliego serán nuevos, lo que deberá hacerse constar expresamente por los licitadores en sus ofertas", o similar?

Por todo ello le ruego que al amparo de lo previsto en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa emita el oportuno dictamen sobre las cuestiones planteadas".

2. Al anterior escrito se acompaña, conforme se indica en el mismo, la siguiente documentación:

a) Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que han de regir en el concurso de suministro de ampliación del Subsistema de almacenamiento en disco del Centro de Proceso de Datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, de los cuales interesa destacar, a efectos del presente informe, que la cláusula II del pliego indica que le objeto principal del contrato consiste en la ampliación del Subsistema de almacenamiento en disco del Centro de Proceso de Datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con las características que figuran en el Anexo I y que en dicho Anexo se describen tales características, precisando que el Subsistema de que se dispone en la actualidad esta compuesto por elementos de la marca "HITACHI" y que el adjudicatario deberá suministrar e instalar todos los elementos físicos de los equipos informáticos objeto de concurso para su conexión al Subsistema "HITACHI" existente en el Centro de Proceso de Datos del Ministerio de Sanidad y Consumo.

b) Documentos constitutivos de la oferta presentada por "Internacional Periféricos y Memorias, S.A." en la que, también por lo que interesa a efectos del presente informe, consiste en el suministro de "1 unidad de discos cabecera HITACHI 7390-A 38 con una capacidad de 22'7 G.B" por precio de 11.960.000 pesetas, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido".

c) Carta del representante de "Internacional Periféricos y Memorias, S.A.", fechada el 13 de enero de 1995 en la que, contestando a una consulta de la Administración, se señala que los equipos ofertados, son de segundo uso, pero que ello se consideraba justificado ya que, caso contrario, solo habría un suministrador posible que sería el de la marca indicada y porque en el pliego de condiciones técnicas no se especificaba la condición de primer o segundo uso de los productos a suministrar.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Las cuestiones que se suscitan en el escrito de consulta tienen que ser abordadas por esta Junta con el carácter general con que se solicita el informe, si bien se realizarán ciertas consideraciones en relación con el expediente de contratación del Ministerio de Sanidad y Consumo a los exclusivos efectos de determinar si los argumentos utilizados en el mismo pueden suponer obstáculo a las conclusiones sentadas con carácter general.

2. La primera cuestión suscitada -la posibilidad de admitir una oferta de equipos usados en respuesta a un pliego de condiciones que no recoge expresamente tal posibilidad -ha de recibir, a juicio de esta Junta, una solución negativa, por entender que el artículo 244-2 del Reglamento General de Contratación del Estado, al

establecer que en el pliego de bases para los contratos de suministro se definan los bienes y se señalen las características que hayan de revestir los artículos, efectos o material que sean objeto del contrato, sólo puede ser interpretado en el sentido de que entre dichas características debe figurar el carácter usado de los bienes, como excepción a la regla general en el trafico administrativo, al menos en los tiempos actuales, de que los bienes, que se adquieren por la Administración son siempre nuevos, salvo prevención expresa en contrario.

Admitir otra interpretación del artículo 244-2 del Reglamento General de Contratación del Estado supondría una contradicción con los principios básicos de la contratación administrativa de libre concurrencia y no discriminación, al colocar en desventaja a unos licitadores respecto de otros, ya que, como se afirma en el escrito de consulta, el carácter usado de los bienes y la antigüedad o tiempo de uso del equipo constituye un elemento necesario para la valoración de ofertas que influye en la vida útil del equipo y en el coste de la operación.

Cuestión distinta, pero que debe recibir idéntica solución, es la de que la posibilidad de ofertar equipos o material nuevo o usado se plantee como alternativa o variante en el propio pliego, lo que permite el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, relativo al contrato de obras pero aplicable supletoriamente al de suministro, al establecer que "los licitadores en el concurso podrán introducir en sus proposiciones las modificaciones que puedan hacerlas más convenientes para la realización del objeto del contrato, dentro de los límites que se señale expresamente en el pliego de cláusulas administrativas", prevención esta última que viene a confirmar que la admisibilidad de ofertas de bienes usados tiene que estar establecida expresamente en el pliego, así como sus límites o condiciones.

Por tanto, frente a la conclusión que ha quedado sentada carece de eficacia la circunstancia alegada por la Empresa interesada en el expediente de contratación del Ministerio de Sanidad y Consumo de que la oferta de equipos usados se basa en el silencio del pliego sobre el carácter de nuevos o usados del material o equipos objeto del contrato, pues resulta necesario insistir que tal silencio únicamente puede ser interpretado en el sentido de la exigencia de material o equipos nuevos.

3. Sobre la segunda cuestión que se suscita -la de si es admisible la oferta de un licitador que no informe adecuadamente en ella del carácter de nuevo o usado de los equipos ofrecidos- la contestación de esta Junta resultaría superflua, ya que el escrito de consulta plantea esta cuestión sobre la base de que la respuesta a la primera resultase afirmativa, que no lo ha sido. No obstante, sí conviene precisar que para el supuesto a que hemos hecho referencia de alternativas o variantes previstas en el pliego, ha de precisarse el carácter de nuevos o usados de los equipos ofertados, como elemento inexcusable para una valoración comparativa de las distintas ofertas presentadas.

4. Aunque la tercera cuestión suscitada se plantea solo para el caso de que la respuesta a la primera fuese afirmativa, entendemos que debe ser resuelta con total independencia de las anteriores, dado que la posibilidad de que los pliegos incluyan la indicación de que los equipos ofrecidos serán nuevos y que esta circunstancia deberá hacerse constar expresamente por los licitadores en sus ofertas debe ser admitida sin ninguna reserva por no estar en contradicción con la naturaleza de los pliegos como definidores de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (artículo 14 de la Ley de Contratos del Estado), ni con la exigencia de que en los pliegos de bases de suministros se señalen las características de los artículos, efectos o material que sean objeto del contrato (artículo 244-2 del Reglamento General de Contratación del Estado), por lo que el pliego exija que se señale el carácter de nuevos de los bienes, no solo no contradice preceptos legales, sino que puede ser clarificador en estos supuestos.

La conclusión sentada no debe oscurecer la que se ha mantenido en relación con la primera -que el silencio del pliego no permite ser interpretado en el sentido de que

sean admisibles ofertas de equipos usados- razón por la cual se informa con independencia de la solución afirmativa o negativa a la primera cuestión suscitada.

5. Por último, frente a lo razonado, ha de advertirse que carece de sentido la afirmación contenida en el escrito de la Empresa interesada en la contratación del Ministerio de Sanidad y Consumo indicando, de que, al salir a concurso la compra de un equipo concreto, se interpretó que el suministro podría ser de segundo uso, ya que caso contrario solo habría un suministrador posible que sería el de la marca indicada, pues, en relación con este aspecto, hay que señalar que el artículo 244-2, tercer párrafo, prohíbe mencionar productos de una fabricación o procedencia determinada e indicar marcas, licencias o tipos, a menos que vayan acompañados de la mención "o equivalente" y el Anexo I del pliego, donde se contienen las prescripciones técnicas no infringe tal precepto, ya que debe observarse que la marca no hace referencia a los equipos objeto de contrato, sino a los ya instalados en el Ministerio de Sanidad y Consumo.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1º. Que el silencio de los pliegos de contratos para el suministro de bienes y equipos informáticos acerca del carácter de nuevos o usados de los que se pretende contratar, solo puede ser interpretado en el sentido de la exigencia del carácter de nuevos de los mismos.

2º. Que por la vía de admitir alternativas o variantes los propios pliegos pueden establecer la posibilidad de ofertar bienes y equipos nuevos o usados fijando las condiciones de la alternativa.

3º. Que con independencia de lo anterior no existe obstáculo jurídico a la inclusión en los pliegos de fórmulas que exijan la indicación en las ofertas del carácter de nuevos de los bienes y equipos ofertados.

Informe 11/95, de 8 de junio de 1995. Contratos de informática. Preparación del contrato. Posibilidad de adjudicar contratos de mantenimiento de equipos informáticos por adjudicación directa con concurrencia de ofertas.

ANTECEDENTES

1. Por el Director General de Sistemas de Información y Control de Gestión y Procedimientos del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

> *"La Dirección General de Sistemas y Control de Gestión y Procedimientos realiza gran cantidad de contratos de mantenimiento de equipos informáticos en aplicación del Decreto 533/1992, de 22 de mayo.*
>
> *Dentro de la tramitación regular de dichos contratos de mantenimiento, surgieron diversos problemas relativos a la normativa aplicable, al procedimiento de adjudicación y a la formalización de los contratos, lo que motivó que se consultara al Servicio Jurídico del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente sobre varios puntos de dichos problemas.*
>
> *El Servicio Jurídico formuló respuesta a dicha consulta en la que, entre otros extremos, señala que la forma de adjudicación debe ser el "concurso", en base a lo establecido en la cláusula 20ª; del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, aprobado por Decreto 2572/73, excepto en los casos en que fuera de aplicación la cláusula 19 del mismo Pliego en los que se permite la contratación directa, con el suministrador de los equipos. (Se adjunta copia de la consulta formulada a la Asesoría Jurídica y de su respuesta).*
>
> *Este Centro Directivo, no obstante, entiende, que en base a lo establecido en los artículos 239 y 247 del Reglamento General de Contratación, son aplicables a los contratos de mantenimiento, las formas de adjudicación previstas para los contratos de suministros, entre las que, en determinados casos, se admite la contratación directa con concurrencia de ofertas.*
>
> *Por todo ello solicitamos a ese Organo consultivo emita dictamen sobre los casos en que es posible adjudicar contratos de mantenimiento de equipos informáticos por adjudicación directa con concurrencia de ofertas."*

2. A dicho escrito, como se indica en el mismo, se acompaña informe del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, en el que, respecto a la cuestión suscitada en el escrito de consulta, se consignan las siguientes consideraciones:

> *"El contrato de mantenimiento de equipos informáticos aparece recogido en la cláusula 19ª; del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, aprobado por el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre.*
>
> *El contrato citado aparece vinculado al contrato de suministro de un tratamiento de la información, obligando el propio pliego al adjudicatario del suministro a celebrar otro contrato, el de mantenimiento del material suministrado, según la cláusula 19ª; ya vista.*

Como supuesto alternativo, el pliego faculta al Centro Directivo a que contrate por separado el mantenimiento, en cuyo caso ya no vendrá obligado el suministrador a contratar, siendo la forma de adjudicación del contrato el concurso (cláusula 20ª;).

El tenor del precepto es tan terminante en este punto que no necesita de interpretación ulterior: la forma de adjudicación del contrato es el concurso. Las normas reguladoras del contrato de suministros serán la competencia y procedimiento de adjudicación, no así a la propia forma de adjudicación que aparece ya determinada ex lege como "concurso"."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si a los contratos de mantenimiento de equipos informáticos a los que alude el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, aprobado por el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, les resulta de aplicación o no la forma de adjudicación de la contratación directa o por el contrario siempre deben adjudicarse por concurso, cuestión cuya resolución requiere un examen de la normativa aplicable a los contratos de mantenimiento de equipos informáticos.

2. El mantenimiento de equipos informáticos, en su consideración de contrato autónomo e independiente del contrato de suministro de equipos, es actualmente una figura contractual encajable en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, regulador de los contratos con empresas consultoras y de servicios, que ha de regirse por las disposiciones del citado Decreto en particular por lo dispuesto en su artículo 9 que determina los casos en que puede utilizarse la contratación directa, sin que esta conclusión pueda quedar desvirtuada por el contenido de la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, aprobado por Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, en cuanto establece que el mantenimiento podrá contratarse separadamente del suministro, en cuyo caso la adjudicación se hará mediante concurso público, al que serán de aplicación las normas reguladoras de la competencia y procedimiento de adjudicación referentes al contrato de suministro.

La prevalencia de las disposiciones del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sobre el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, aprobado por Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, concretamente sobre el de la cláusula 20, deriva no sólo de la fecha posterior de aquél sino sobre todo del encaje de ambos Decretos en el sistema de la contratación administrativa, pues mientras el primero, promulgado al amparo de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley de Contratos del Estado tiene el mismo valor que la regulación sustantiva de los contratos administrativos típicos incluidos en la Ley -obras, gestión de servicios públicos y suministros- el segundo, el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, es aprobatorio de un pliego de cláusulas administrativas generales que, por su naturaleza, no puede contradecir los preceptos de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado y, en este caso concreto, tampoco los del Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

En definitiva se impone la conclusión de que, conforme a la legislación vigente, a los contratos de mantenimiento de equipos informáticos les resultan de aplicación las causas de contratación directa previstas en el artículo 9 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

3. Si la prestación de mantenimiento no es contrato autónomo sino que figura incorporada a un contrato de suministro la solución que debe propugnarse es idéntica, aunque, lógicamente, deben variar los supuestos de contratación directa, puesto que por aplicación del artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado, referido exclusivamente al contrato mixto de obras y suministro, aunque aplicable, con carácter supletorio, al resto de contratos mixtos, si el contrato se califica como

suministro por ser esta la prestación principal, las causas de contratación directa serán las reseñadas en el artículo 87 de la Ley de Contratos del Estado y si, por el contrario, el mantenimiento es la prestación principal, los supuestos de contratación directa seguirán siendo los previstos en el artículo 9 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

4. Por último, debe aludirse a la solución de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, que entra en vigor el día de la fecha de este informe y que prescindiendo de su posible aplicación a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, puede ser utilizada como elemento interpretativo y del mayor interés desde un punto de vista práctico, dado que se ha convertido en la normativa aplicable a estos contratos.

La nueva Ley incluye los contratos de mantenimiento en la regulación de los que denomina contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales detallando en los artículos 210 y 211 los supuestos en que, en estos contratos, procede la utilización del procedimiento negociado (actual contratación directa) y sin que esta solución de la Ley deba considerarse, por lo razonado anteriormente, ninguna innovación en relación con la vigente legislación de contratos del Estado. Tampoco debe considerarse innovación de la nueva Ley el tratamiento que se da a los contratos mixtos en su artículo 5, que constituye una generalización de la norma del artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que a los contratos de mantenimiento de equipos informáticos, conforme a la legislación vigente, les resulta de aplicación las causas de contratación directa previstas en el artículo 9 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sin perjuicio de que resulten aplicables las previstas en el artículo 87 de la Ley de Contratos del Estado en el supuesto de contrato mixto de suministro y mantenimiento en el que la prestación principal sea el suministro, criterios confirmados por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 28/95, de 24 de octubre de 1995. Contratos de informática. Conceptos generales. Interpretación y aplicación que debe darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a los criterios para la adjudicación del concurso.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática del Ministerio para las Administraciones Públicas, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente contenido:

"Desde la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y ante la ausencia por el momento de un desarrollo reglamentario, en el ámbito de las tareas de informe técnico de los Pliegos de Condiciones que lleva a cabo la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI) se han suscitado determinadas dudas acerca de la interpretación y aplicación que deba darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley, referido a los criterios para la adjudicación del concurso. Estas dudas se han agudizado por el hecho de que distintos órganos de contratación (Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección General de Patrimonio del Estado, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Correos y Telégrafos, etc...) a los que la Comisión remite sus informes han sustentado puntos de vista diferentes en situaciones similares. Por ello, la Comisión acordó en su sesión plenaria de 21 de junio de 1995 solicitar dictamen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con este asunto, solicitud que se detalla en los siguientes cinco puntos:

1º. ¿El precio debe figurar necesariamente en los Pliegos de Condiciones como uno de los criterios de adjudicación en los concursos que afectan a bienes y servicios informáticos?

La opinión dominante en el debate mantenido sobre esta cuestión entiende que la Ley no limita los grados de libertad de la Administración en lo que respecta a la elección de los criterios más adecuados en relación con el objeto del contrato, entre los que cabe incluir o no el precio, ya que los que se citan expresamente en el artículo 87.1 tiene un carácter méramente orientativo según se desprende de la utilización de la expresión "tales como", lo que se refuerza al incluir al final de la lista de criterios recogidos la fórmula "u otros semejantes". Tampoco parece que la Ley imponga restricciones en lo que se refiere a la atribución a los criterios de la ponderación más conveniente de acuerdo con las necesidades de la Administración que se prevén satisfacer mediante la contratación.

2º. ¿Existe la posibilidad de utilizar como criterio único de adjudicación la "rentabilidad", entendida ésta como un cociente entre beneficios, prestaciones o utilidad y costes, sin perjuicio de que este criterio pueda ser desglosado en subcriterios de nivel inferior dentro del propio Pliego de cláusulas administrativas particulares?

En lógica con lo comentado más arriba, la opinión mayoritaria entiende que es perfectamente compatible con lo establecido en el artículo 87 la utilización de la "rentabilidad" como criterio único de adjudicación, si bien considera

conveniente para facilitar la transparencia perseguida por la Ley que el pliego detalle los subcriterios de nivel inferior, con sus ponderaciones, que vayan a servir para evaluar los beneficios, prestaciones o utilidad de cada una de las ofertas, además del método mediante el cual vaya a calcularse el coste económico de las soluciones presentadas. Esto último en coherencia con las previsiones del artículo XII (Pliego de condiciones), apartado 2, letra h) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio que establece la inclusión en el Pliego de Condiciones de "los elementos del costo que se tendrán en consideración al examinar los precios de las ofertas".

En favor de este planteamiento, cabe tener en cuenta también los siguientes argumentos:

La consideración del precio en el cociente de una relación beneficios/costes que se trata de maximizar, aparte de ser una adecuada formulación matemática de la expresión "proposición más ventajosa" del artículo 75.3 de la LCAP, recoge métodos de análisis económico de inversiones ampliamente consolidados por el uso, tanto en el sector público como en el de la empresa privada o, incluso, por parte de los consumidores individuales. Por centrarnos en el sector público, uno de los métodos de análisis económico de las inversiones más extendidos lo constituye el análisis coste-beneficio. Este análisis acude al indicador beneficios/costes para conocer el grado de conveniencia entre diversas alternativas (ofertas, en nuestro caso) de inversión, de modo que se elige aquella que presenta un valor más elevado de este cociente. En este contexto, los costes a considerar no deberían incluir exclusivamente el precio de la oferta, sino también otros costes, tales como los de mantenimiento, consumos y otros costes identificables y cuantificables que estén directamente relacionados con la adquisición, para llegar a obtener los costes totales de operación a lo largo de la vida útil del objeto del contrato.

Aunque desde una perspectiva méramente formal es perfectamente admisible considerar el precio como un criterio más, con una ponderación determinada, desde una perspectiva técnico-económica ello puede presentar problemas en algunas situaciones, que han sido puestos de manifiesto en la literatura científica sobre la materia. Así, E.M. Timmrech en su obra "Computer Selection Methodology", al referirse al problema del coste en el contexto del modelo de ponderación lineal, dice lo siguiente: "... la consideración del coste continúa siendo un problema difícil en este enfoque ... Se han realizado intentos de incluir el coste en el árbol de criterios. Pero los pesos relativos entre coste y, p. ej., rendimiento del material, encontramos que tienen poco significado. Un enfoque más aceptable es mantener aparte los costes, obteniendo dos cifras para cada sistema candidato: la puntuación y el coste. El usuario decide entonces acerca del compromiso al que cabe llegar entre estas dos cifras". La tradición apoyada en el análisis económico que se ha seguido hasta la entrada en vigor de la LCAP en la Administración del Estado, dentro del sector de los bienes y servicios informáticos, es la de alcanzar este compromiso entre puntuación y coste por medio del citado cociente entre beneficios y costes o, en otras palabras, por medio de la rentabilidad. Se trata de ver ahora si ello es compatible con la redacción del artículo 87 de la Ley.

3º. ¿Se deduce de la Ley que los Pliegos de Condiciones deban recoger el método de valoración de cada uno de los criterios de adjudicación

señalados?. ¿La Ley limita en algún sentido el método de valoración que deba emplearse con cada uno de los criterios indicados?

La opinión mayoritaria entiende que la Ley no limita los grados de libertad de la Administración en lo que respecta al método de valoración a emplear con cada uno de los criterios indicados, pudiéndose utilizar las escalas de valoración o de medida de la utilidad más adecuadas a cada caso y sin que sea preciso hacer constar este método de valoración en los Pliegos de Condiciones.

Un caso particular lo constituye el criterio "calidad" que figura expresamente recogido en el artículo 87.1 de la LCAP. Así, p. ej., una manera adecuada de valorar este criterio sería la de hacerlo mediante la toma en consideración de si la empresa oferente dispone o no de un certificado apropiado de aseguramiento de calidad, en el que se justifique la conformidad del licitador con las normas técnicas de seguro de calidad.

4º. ¿Cabe la posibilidad de utilizar "características de empresa" objetivas y relacionadas con el objeto del contrato, entre los criterios que servirán de base para la adjudicación del concurso, entendiendo por "características de empresa" aquellas que puedan reputarse directamente de la empresa licitadora o considerarse propias de ella, con independencia de la solución técnica concreta ofrecida en su proposición?

Entre éstas pueden citarse, a título de ejemplo, las siguientes: la red que mantiene la empresa para prestar servicio de mantenimiento u otros de post-venta, los medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa para el desarrollo de sus actividades, la participación en proyectos similares, la disponibilidad de una marca o certificado de calidad, los métodos y procedimientos de trabajo de la empresa, etc.

En este caso, la opinión de los que sustentan esta posibilidad está basada en los siguientes argumentos:

Entre los criterios mencionados expresamente, aunque sea a título ilustrativo, en el artículo 87.1 de la LCAP, figuran algunos que pueden ser considerados criterios o características de empresa. Este sería el caso, entre otros, de la calidad, la disponibilidad de repuestos o el servicio post-venta.

En el marco jurídico anterior al actual, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la "Consulta en relación con una propuesta de procedimiento para la introducción del coeficiente de implantación y cobertura sectorial en la evaluación de ofertas para bienes y servicios informáticos" que le había sido formulada por el Consejo Superior de Informática, lo que hizo mediante su dictamen 22/94, de 16 de diciembre. En la consideración número 3 del dictamen se decía "... en el concurso y en la contratación directa el órgano de contratación no podrá realizar ningún procedimiento selectivo de licitadores que no estén referidos al contenido formal de sus ofertas, salvo que en el pliego correspondiente haya determinado como criterios objetivos valorables de la selección de las mismas aquellos aspectos que se refieren a las características propias de la empresa". Entienden quienes sustentan este punto de vista que esta consideración puede mantenerse luego de la entrada en vigor de la LCAP, por lo que resultaría admisible recoger características de empresa como criterios de adjudicación del concurso en los correspondientes pliegos de condiciones,

siempre y cuando tuvieran carácter objetivo y estuvieran, lógicamente, relacionadas con el objeto del contrato.

En el caso particular del desarrollo de programas a medida, un contrato típico de servicios en el campo de la informática, existen consideraciones técnicas adicionales a favor de la consideración de "características de empresa" como criterios de adjudicación del concurso. En efecto, la ingeniería de "software" actual, a partir de los trabajos llevados a cabo por el Software Engineering Institute (SEI) de los Estados Unidos desde mediados de la década de los ochenta, que han dado lugar a la creación del Capability Maturity Model (CMM), parte del supuesto fundamental de que la calidad del "software" se determina en primer lugar por la calidad del proceso utilizado por la organización que lo desarrolla, esto es, por una característica de empresa. Análogas consideraciones se pueden realizar en el caso de otros contratos informáticos.

5º. ¿Es aplicable lo dispuesto en el artículo 87 del procedimiento negociado, o en este caso no es necesario incluir en el pliego de condiciones los criterios de adjudicación, aunque ello pudiera resultar conveniente en determinados supuestos?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como en el escrito en el que se formula la consulta se articulan las cuestiones que se suscitan en relación con el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en diversos apartados, en los que además, con independencia del último, se consignan los razonamientos pertinentes en orden a la solución que se propugna, parece conveniente estructurar el presente informe en los mismos apartados y por el mismo orden, exponiendo los criterios de esta Junta al respecto.

2. La primera cuestión que se suscita es la de si el precio debe figurar necesariamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como uno de los criterios de adjudicación en los concursos que afectan a bienes y servicios informáticos.

El artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a los criterios que han de servir de base para la adjudicación de los concursos establece únicamente tres requisitos que deben cumplirse, consistiendo estos en que los criterios sean objetivos, que figuren en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y que se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya. El propio artículo 87 señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión "tales como" y haciendo alusión a "otros semejantes" lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva -pueden existir otros criterios objetivos- ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso, por lo que la primera conclusión que debe mantenerse es la de que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos relativos a bienes y servicios informáticos.

La anterior conclusión debe, sin embargo, ser matizada, puesto que no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso, aunque no sea como criterio único y exclusivo, como sucede en la subasta. Por ello se entiende que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 87 en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en

determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio.

3. La segunda cuestión que se suscita es la de la posibilidad de utilizar como criterio único de adjudicación la "rentabilidad" entendida como un cociente entre beneficios, prestaciones o utilidad y costes, sin perjuicio de que este criterio pueda ser desglosado en subcriterios de nivel inferior dentro del propio pliego de cláusulas administrativas particulares.

A esta cuestión ha de dársele una respuesta muy similar a la anterior, pues el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al contener una relación méramente ejemplificativa de criterios de adjudicación del concurso, ni limita, ni impone, al órgano de contratación la utilización concreta de los mismos. Sin embargo, debe matizarse, como hacíamos con anterioridad, que el supuesto de criterio único de adjudicación debe considerarse excepcional puesto que el artículo 87 parte de la existencia de una pluralidad de criterios al señalar que en el pliego se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, prescripción inaplicable al supuesto de utilización de un solo criterio. Por ello se entiende que la utilización por el órgano de contratación de un solo criterio, en casos excepcionales, deberá estar justificada debidamente en el expediente y, además, en el caso presente puede ser salvada convirtiendo en criterios lo que en el escrito de consulta denomina subcriterios.

A la misma conclusión se llega con la interpretación del artículo XII, apartado h) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio y del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministros y del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos de servicios. El artículo XII, apartado h) del Acuerdo sobre Contratación Pública no se refiere exclusivamente a "los elementos del costo que se tomarán en consideración al examinar los precios de las ofertas" sino que, especificando enunciativamente éstos (como los gastos de transporte, seguro e inspección y, en suministros y servicios, los derechos de aduana y demás cargas a la importación, los impuestos y la moneda de pago) con anterioridad se ha referido a "los criterios en que se fundará la adjudicación del contrato, incluidos los factores que se tendrán en cuenta en la evaluación de las ofertas". Por su parte, el artículo 26.1.b) de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y el artículo 36.1.a) de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios señalan que cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa se utilizarán "diversos" o "distintos" criterios que variarán en función del contrato, entre los cuales a título enunciativo el primer artículo citado menciona expresamente la "rentabilidad". Por ello puede concluirse que de la normativa internacional y comunitaria sobre la contratación pública, en la que necesariamente se inspira la legislación española, se desprende la conclusión de que los criterios de adjudicación del concurso han de ser varios, por regla general, y si excepcionalmente se utiliza un solo criterio como el de la rentabilidad, por el mismo carácter excepcional -y respetando siempre la objetividad- el órgano de contratación habrá de justificar la razón de su empleo, sin que pueda llegarse a especificaciones mas concretas, dados los términos generales en que se plantea esta cuestión.

4. La tercera cuestión que se suscita es la de si los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben recoger el método de valoración de cada uno de los criterios de adjudicación señalados y si la Ley limita en algún sentido el método de valoración que deba emplearse, indicándose en el escrito de consulta que se entiende que la Ley no limita los grados de libertad de la Administración en lo que respecta al método de valoración a emplear con cada uno de los criterios pudiéndose utilizar las escalas de valoración o de medida de la utilidad más adecuadas a cada caso, sin que sea preciso hacer constar este método de valoración en los Pliegos, y que el caso particular del criterio "calidad" una manera adecuada de valorarlo sería la toma en consideración de si la empresa dispone o no de un certificado apropiado de aseguramiento de calidad.

La cuestión suscitada ha de ser resuelta, en los términos generales en que se plantea, tratando de conciliar los principios de publicidad y transparencia propios de la contratación administrativa y el grado de discrecionalidad que, en sentido técnico jurídico, ostenta el órgano de contratación en la resolución de concursos, evitando que el cumplimiento de los primeros haga imposible la actuación del órgano de contratación, convirtiendo en automática la resolución del concurso, carácter que, a diferencia de la subasta, carece en la legislación española.

Por ello se entiende que el cumplimiento del artículo 87.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien exige que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se indiquen los criterios de adjudicación, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, tal obligación no se extiende a los métodos de valoración, pudiendo estimarse correcta la valoración de la "calidad" mediante la toma en consideración de los correspondientes certificados, pero siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso, al amparo de lo dispuesto en los artículos 18.e) para los contratos de suministro y 19.g) para los de consultoría y asistencia y de servicios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Como cuarta cuestión, en el orden expositivo del escrito de consulta figura la posibilidad de utilizar, entre los criterios que servirán de base para la adjudicación del concurso, "características de empresa" objetivas y relacionadas con el objeto del contrato, entendiendo por tales aquellas que puedan reputarse directamente de la empresa licitadora o considerarse propias de ella, con independencia de la solución técnica concreta ofrecida en su proposición.

Frente a la solución afirmativa que se propugna en el escrito de consulta esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa reiterando y desarrollando los criterios expuestos en su informe de 16 de diciembre de 1994 (Expediente 22/94) entiende que las denominadas "características de empresas" en la contratación administrativa, por tanto, en los contratos relativos a bienes y servicios informáticos, normalmente deben jugar en el momento de apreciar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de la empresa. Como regla general, según se señalaba expresamente en el citado informe de esta Junta "el órgano de contratación no podrá realizar ningún procedimiento selectivo de licitadores que no estén referidos al contenido formal de sus ofertas" salvo, añadía -y con ello remarcaba su carácter excepcional- "que en el pliego correspondiente haya determinado como criterios objetivos valorables de la selección de las mismas aquellos aspectos que se refieren a las características propias de la empresa".

En relación con la conclusión anterior, que se mantiene, y la consulta que ahora se formula han de realizarse dos matizaciones para concluir el examen de esta cuestión.

La primera de ellas es la de que la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha supuesto alteración, en este extremo, de la normativa anterior, por lo que las conclusiones que se han propugnado son igualmente válidas antes y después de la entrada en vigor de la Ley.

La segunda matización que procede realizar es que considérese o no que son "características de las empresas", no son equiparables los criterios mencionados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como la calidad, la disponibilidad de repuestos o el servicio post-venta, que tienen legitimada su utilización por la simple enumeración en la Ley, con algunos de los que cita el escrito de consulta -medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa, participación en proyectos similares, medios y procedimientos de trabajo de la empresa- respecto de los que, hay que insistir, deben jugar normalmente al apreciar la solvencia económica, financiera y técnica de la empresa.

6. Como última cuestión, sin razonar su solución, se plantea en el escrito de consulta si es aplicable lo dispuesto en el artículo 87 al procedimiento negociado o, por el contrario no es necesario incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares

los criterios de adjudicación, aunque ello pudiera resultar conveniente en determinados supuestos.

La respuesta negativa -no es aplicable el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al procedimiento negociado- se infiere con toda claridad de los principios y preceptos de dicha Ley aplicables a los procedimientos de adjudicación, pues si lo que caracteriza al procedimiento negociado es la ausencia de licitadores y se define en el artículo 74.4 como aquel procedimiento de adjudicación al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato como uno o varios empresarios, resulta que, por esencia, es incompatible con el artículo 87 de la Ley que, ésta incluye además en la regulación del concurso, sin declararlo aplicable ni a la subasta, ni al procedimiento negociado.

La conclusión anterior no excluye, como es lógico, que en algún supuesto, se considere conveniente incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios de adjudicación.

Informe 28/96, de 5 de junio de 1996. Contratos de informática. Conceptos generales. Competencia para la adquisición de bienes informáticos y competencia la adjudicación de contratos de consultoría y asistencia o de servicios en relación con bienes informáticos.

ANTECEDENTES

1. Procedente de la entonces Dirección General de Sistemas de Información y Control de Gestión y Procedimientos del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, tiene entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Esta Dirección General coordina a través de su representación en la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos y en la Comisión Ministerial de Informática, en la que ostenta la Vicepresidencia, una Vocalía y la Secretaría, la actividad del Departamento en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones. Dentro de este campo de actividad existen muchas dudas en cuanto a los procedimientos a seguir en la realización de diferentes tipos de contratos.

Según el artículo 12 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los Ministros y los Secretarios de Estado son los órganos de contratación Ministeriales. Por Orden de 12 de septiembre de 1991, dichas competencias están delegadas en órganos inferiores del Departamento y, en concreto, mi Dirección General actúa como órgano de contratación en multitud de expedientes de adquisición de bienes, prestación de servicios y asistencia técnica, relacionados con las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

Con anterioridad a la aprobación de la vigente Ley de Contratos para las Administraciones Públicas, la reglamentación básica que regulaba este tipo de contrataciones eran, además de la Ley y Reglamento General de Contratación, los Decretos 2572/73, 2291/83 y 533/92, ninguno de ellos derogado explícitamente por la nueva Legislación. Cuando la contratación se refería a asistencias técnicas con empresas consultoras o de servicios también formaba parte de la reglamentación básica en este tipo de contrataciones el Decreto 1005/74, este último derogado por la nueva Legislación.

En nuestra opinión, ya en la antigua legislación existía cierto grado de ambigüedad sobre el órgano competente para la contratación de asistencias técnicas relacionadas con temas informáticos, ya que si bien muchas de ellas eran tramitadas a través de la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos y la Dirección General de Patrimonio en base a interpretaciones que se realizaban en este sentido del Decreto 2572/73, existirían ejemplos de otras que, en base al Decreto 1005/74, se tramitaban por los órganos de contratación Ministeriales.

La nueva Legislación regula por un lado el contrato de suministro, y por otro los de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales y aunque aclara, en nuestra opinión, de forma definitiva diversos aspectos anteriormente confusos en la contratación de bienes y servicios informáticos, nos deja todavía cierta duda sobre cuál sería el órgano de contratación competente, al menos en los contratos de consultoría, asistencia técnica y servicios, ya que para el contrato de suministro, entendemos, que el órgano competente según el art. 184 es la Dirección General de Patrimonio.

Por ello esta Dirección General solicitó informe al Servicio Jurídico del Departamento. La contestación a dicha consulta se adjunta a este escrito. En ella, el Servicio Jurídico explícita los tipos de contrato que, a su juicio, quedan fuera del art. 184, y duda sobre la vigencia o no del Real Decreto 533/1992, de 22 de Mayo, en especial con la interpretación que hay que realizar de algunos de sus preceptos, y señala la grandísima conveniencia de que elevemos consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que formulamos en los siguientes términos:

1. ¿Es la Dirección General de Patrimonio el único órgano de contratación competente para todo tipo de contrataciones de tipo informático, independientemente de si se trata de suministro de bienes o de trabajos de consultoría o asistencias técnicas o servicios o, solamente y tal como expresa el art. 184 de la LCAP, es competencia suya la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios y auxiliares, prevaleciendo para el resto de contrataciones lo establecido en el artículo 12 de la LCAP?

2. En caso de que sea la Dirección General de Patrimonio el órgano competente ¿Pueden contratar trabajos de consultoría, asistencia técnica o servicios informáticos los órganos de contratación de los Departamentos Ministeriales y por qué importes? ¿Siguen vigentes los importes señalados en el Real Decreto 533/1992?.

Queremos señalar también que si se entiende que con la reglamentación actual es la Dirección General de Patrimonio el órgano competente en este tipo de contrataciones se deberá hacer un esfuerzo para racionalizar y simplificar el procedimiento, evitando los largos períodos de tramitación siempre superiores a los nueve meses y en muchas ocasiones superiores al año".

2. Conforme se indica en el escrito anterior se acompaña al mismo fotocopia del informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento, fechado el 8 de marzo de 1996, con el que se indica lo siguiente:

"Se ha recibido en este Servicio Jurídico la Consulta de V.I. referida al alcance del art. 184 de la L.C.A.P. en la Contratación Informática.

De acuerdo con el precepto meritado, "la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado con las excepciones previstas en esta Ley y las que se fijen reglamentariamente".

Este precepto ha de ser puesto en relación con el art. 173.1 b) por cuanto el tenor del primero no coincide con el del segundo. Así, quedan fuera del ámbito del 184 el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, la adquisición y arrendamiento de dispositivos y programas (salvo que consideremos que son "elementos complementarios auxiliares" de los equipos y sistemas, cuestión técnica que desconocemos), y también la cesión del derecho de uso de los programas, Quedan al margen del art. 184 igualmente la adquisición de programas de ordenador a medida (art. 173.2) y el mantenimiento previsto en el art. 173.3. Dentro del ámbito del art. 297, los llamados contratos de informática y servicios conexos, también quedan al margen del art. 184 de la L.C.A.P.

Deslindado el ámbito del art. 184, queda sin embargo por estudiar la vigencia del Real Decreto 533/1992 de 22 de Mayo. La Disposición Derogatoria la L.C.A.P. no recoge explícitamente el Real Decreto mencionado. Ni lo deroga (aunque sí que se citan expresamente como derogadas otras disposiciones de rango reglamentario), ni se recoge una vigencia expresa, siquiera sea como disposición

reglamentaria en lo que no se oponga a la L.C.A.P., como se hace con otros Decretos-Leyes, Decretos y Reales Decretos.

A juicio de quien informa nada indica que el Real Decreto 533/1992 haya sido derogado, aunque alguno de sus preceptos como el art. 1.1 por ejemplo, hayan de ser interpretados a la luz de la L.C.A.P., aplicando en concreto las cuantías allí previstas en sustitución de las del art. 84 de la Ley de Contratos del Estado.

En cualquier caso, este Servicio Jurídico indica al Centro directivo la grandísima conveniencia de elevar consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas, debe hacerse referencia a la supresión del órgano que formula la consulta - la Dirección General de Sistemas de Información y Control de Gestión y Procedimientos - y la asunción de sus funciones por la Subsecretaría de Fomento y la Subsecretaría de Medio Ambiente, según resulta del artículo 4, apartado 2, f) del Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de diversos Departamentos ministeriales, entre ellos, el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Medio Ambiente.
Como la consulta formulada se refiere a las facultades de la Dirección General suprimida en orden a determinados contratos de suministro y de consultoría, asistencia y servicios de bienes informáticos, podría pensarse que su supresión hace innecesaria la emisión del informe solicitado en relación con la extinguida Dirección General de Sistemas de Información y Control de Gestión y Procedimientos y, siendo esto así, también es cierto que, suscitándose en la consulta cuestiones que pueden ser abordadas con carácter general y que el informe se solicita por indicación del Servicio Jurídico del Estado en el entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, parece conveniente, desde el indicado punto de vista general, emitir el informe solicitado dirigiéndolo a la Subsecretaría de Fomento que, en parte, ha asumido las funciones de la extinguida Dirección General.
2. De los términos en que aparecen redactados el escrito de consulta y el informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento resultan ser dos las cuestiones sobre las que este último ha indicado la conveniencia de que se oiga a esta Junta Consultiva, consistiendo la primera en delimitar el ámbito de aplicación del artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, desde un punto de vista objetivo, y la segunda en el estudio de la vigencia del Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo.
No obstante lo anterior debe precisarse que el artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene dos supuestos diferenciados, relativo el primero al mobiliario, material y equipo de oficina y otros bienes declarados de adquisición centralizada y el segundo relativo a la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares, y aunque el escrito de consulta parece hacer referencia a este segundo supuesto, conviene realizar algunas consideraciones respecto al primero.
El artículo 184 en sus primeros incisos declara que en el ámbito de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar de adquisición centralizada el mobiliario, material y equipo de oficina y otros bienes, añadiendo que la Dirección General del Patrimonio del Estado celebrará los concursos para la determinación del tipo de los bienes de adquisición centralizada y que reglamentariamente se fijará el procedimiento para la adquisición de los referidos bienes. Por su parte el artículo 200 de la propia Ley establece que los contratos de servicios podrán ser declarados de contratación centralizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, también en la

Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales. A estos dos tipos de contratos se refieren los artículos 183 g) y 211 f) para las adjudicaciones por procedimiento negociado de suministros y servicios derivados de un concurso para la determinación de tipo, debiendo concluirse que los productos o servicios que hayan sido declarados o lo sean en lo sucesivo de adquisición centralizada por el Ministro de Economía y Hacienda se les aplicará el procedimiento de adjudicación resultante del artículo 184 en relación con los artículos 183 g) y 211 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Prescindiendo de los bienes y servicios de adquisición centralizada, a que se refiere los primeros incisos del artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el propio artículo establece a continuación que "la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado, con las excepciones previstas en esta Ley y las que se fijen reglamentariamente".

Cualquier interpretación de este extremo del artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que pretenda desligar el término de "adquisición" del término "suministro" para sostener que determinados suministros no entrarían en el concepto de adquisición debe ser descartada por cuanto iría en contra de la letra y del espíritu de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 172 de la misma Ley define, con carácter amplio inspirado en la Directiva 93/36/CEE, el contrato de suministro como el que tiene por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles detallándose en el artículo siguiente supuestos que "en todo caso" se consideran incluidos en el artículo 172 reseñado, citando,por lo que aquí interesa, el apartado 1 b) la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos y aclarando, el apartado 3, que también tendrán la consideración de suministro el mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento. Por el contrario, el apartado 2 del propio artículo 173 indica que la adquisición de programas de ordenador a medida se considerará contrato de servicios.

Del examen de los preceptos reseñados de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas queda claro que no pueden ser incluidos en el concepto de suministros la adquisición de programas de ordenador a medida (artículo 173.2) y el mantenimiento cuando no se contrate conjuntamente con la adquisición o arrendamiento, (artículo 173.3) categorías a las que hay que añadir las que, sin poder ser calificadas de suministro, tengan encaje en los servicios que con la rúbrica de informática y servicios conexos se incluyen en la categoría 7 de las mencionadas en el artículo 207 de la propia Ley. Resulta así que en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se distinguen como tipos de contratos relativos a bienes y servicios informáticos los suministros, por su propia naturaleza o por consideración legal, y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, correspondiendo la facultad de adjudicar los primeros a la Dirección General del Patrimonio del Estado y los segundos a los órganos de contratación competentes según las reglas del artículo 12 de la propia Ley, sin que la competencia de la Dirección General del Patrimonio pueda ser desconocida, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la propia Ley (disposición adicional tercera) o que se fijen reglamentariamente (supuesto este último al que nos vamos a referir a continuación).

Es cierto que el artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el extremo que estamos examinando se refiere, con formula restringida, a "la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios y auxiliares" pero su extensión a los distintos supuestos de suministro que han sido examinados se deduce sin ninguna dificultad de la circunstancia de que el artículo 184 está incluido en el Título III del Libro II, que trata

del contrato de suministro en un Capítulo (el III) que lleva como título "De las normas especiales de contratación del suministro", sin que sea correcto, como avanzábamos anteriormente, separar las adquisiciones en sentido estricto de los restantes supuestos de suministro para atribuir competencia a la Dirección General del Patrimonio del Estado exclusivamente para las adquisiciones, pues, con independencia de que la mayor parte de los supuestos de suministro implican una verdadera adquisición, la no limitación a un sentido restringido de esta última resulta de la titulación de los dos artículos que integran el Capítulo III, Título III, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que no se refieren a "adquisición" sino con fórmula más genérica a "contratación de bienes" o "contratos para el tratamiento de la información".

4. En cuanto a la posible vigencia del Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo, esta Junta Consultiva entiende que, si el artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite como excepciones a la regla de la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado "las que se fijen reglamentariamente", ningún obstáculo jurídico existe para considerar que el Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo, fija unas excepciones reglamentarias que en los supuestos de suministro de bienes informáticos, deben considerarse subsistentes al amparo de la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al no oponerse a su contenido, sino significar un desarrollo de la misma que, en cuanto no sean objeto de derogación y sustitución normativa a nivel reglamentario, pueden y deben seguir desplegando sus efectos, como sucede en otros casos numerosos de desarrollo reglamentario en los que la remisión a normas de tal carácter, que efectúa la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe entenderse realizada a normas anteriores a su entrada en vigor. Ha de reiterarse la salvedad lógica que realiza el Servicio Jurídico del Estado en el Departamento en su informe que la remisión que el artículo 1.1 del Real Decreto 533/1992 hace al artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado, debe entenderse hecha al artículo 178.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues las cifras actualizadas por Orden ministerial de 11 de abril de 1996 que figuran en el artículo últimamente citado se corresponden con las que para el ejercicio 1992 fijaba el citado artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que prescindiendo de los bienes y servicios de adquisición centralizada, la última parte del artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe interpretarse en el sentido de que para todos los supuestos de suministro de bienes informáticos, tanto los que encajan en la definición del artículo 172, como los que, en todo caso, se consideran suministro en el artículo 173, la competencia corresponde a la Dirección General del Patrimonio del Estado, en tanto que la competencia para contratos de consultoría y asistencia y de servicios en relación con bienes informáticos corresponde al órgano de contratación competente, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 12 de la propia Ley.

2. Que entre las excepciones fijadas reglamentariamente a que se refiere, en este extremo, el mismo artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pueden entenderse comprendidas las excepciones resultantes del Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo, en los supuestos de suministro de bienes informáticos, en cuanto su contenido, conforme a la disposición derogatoria única de la Ley, no se opone a la misma, sino que la desarrolla, con la salvedad que la referencia al artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado tiene que ser entendida realizada al artículo 178.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a las cifras actualizadas que se mencionan en el mismo, hechas públicas por Orden de 11 de abril de 1996.

Otros Informes

Informe 4/95, de 22 de marzo de 1995. Otros informes. Incompatibilidades. Régimen de incompatibilidades para contratar con las diversas Administraciones de los parlamentarios y altos cargos de la Comunidad Autónoma, sus cónyuges y parientes.

ANTECEDENTES

Por conducto del Gobierno Civil de la provincia de Huesca tiene entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito suscrito por el Presidente de la Confederación Empresarial de la provincia de Huesca en el que consigna lo siguiente:

"Comparezco ante Vds., para solicitar un informe sobre el régimen de incompatibilidad para contratar con las Administraciones local, provincial, autonómica y central que afecta a los Concejales, Diputados Provinciales, Diputados de las Cortes Autonómicas y altos cargos (Consejero o Director General) de la Comunidad autónoma, sus cónyuges y parientes.

Entiendo que tal como refleja el Artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, estoy legitimado para recabar este informe, dada mi condición de Presidente de la CEOS, ya que en nuestra Organización se integran todas las Asociaciones de la actividad del Transporte existentes en la Provincia, y el caso que nos ocupa es relativo a la contratación administrativa de una empresa del sector, con sede social en Huesca.

Las preguntas claves cuya respuesta requerimos son las siguientes:

1º.- ¿Puede el Ayuntamiento, la Diputación Provincial, la Comunidad Autónoma o la Administración Central contratar los servicios de una empresa dedicada al Transporte de Viajeros, en la hipótesis de que la esposa (XXX) del Gerente (XXX) de dicha empresa sea respectivamente Concejal del Ayuntamiento, Diputada Provincial, Diputada a las Cortes de Aragón, o alto cargo (Consejera o Directora General)?.

2º.- ¿Por ostentar su cargo en una Administración existiría incompatibilidad para contratar con las otras Administraciones Públicas? Por ejemplo: si la esposa del Gerente fuera Concejal del Ayuntamiento, existiría incompatibilidad para contratar con la Administración Central, autonómica o Provincial.

Se trata de una empresa constituida desde antiguo, cuyas principales características son las siguientes:

- Concesionaria de servicio público regular de Transporte de Viajeros por carretera. (Concesiones de MOPTMA y de la DGA).

- Tiene convenidos contratos de transporte escolar y laboral con la Administración Central (M.E.C.) y Comunidad Autónoma.

- Organiza excursiones, a veces, contratadas con el Ayuntamiento, la Diputación Provincial, la Diputación General de Aragón y otras Administraciones Públicas. Otras veces, las excursiones contratadas por la Empresa con particulares están subvencionadas por dichos Organismos.

- El Gerente, cuya esposa ostentaría cargos públicos, es además Consejero y Accionista de la Empresa, en un porcentaje no superior al 10% del capital.

Debemos aclarar que tanto las concesiones de servicio público, como el transporte de escolares, laboral y personal, como las excursiones, se obtienen a través de concursos, con toda transparencia, no estando la esposa del gerente en las mesas de contratación o adjudicación.

Dada la urgencia con la que necesitamos el requerido informe le ruego nos lo haga llegar con la máxima celeridad posible."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada ha de abordarse la de si el Presidente de la Confederación Empresarial de la provincia de Huesca, puede formular consultas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuestión que ha de ser resuelta de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y, concretamente, en su artículo 17 que determina que la Junta emitirá sus informes a petición, entre otras personas, de los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

Aunque una interpretación aislada de la expresión utilizada por el citado artículo 17 podría llevar a la conclusión de que el Presidente de una organización empresarial de ámbito provincial puede solicitar informes a esta Junta, tal conclusión debe ser descartada ya que evidentemente la legitimación de los Presidentes de organizaciones empresariales ha sido establecida, aunque no se diga de manera expresa, con idéntico o similar rango y ámbito de ejercicio de funciones al del resto de personas a que se refiere el citado artículo 17. Así si se establece que pueden pedir informe a la Junta los Subsecretarios y los Directores Generales, no los Delegados provinciales ministeriales, los Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, no sus delegados, el Interventor General de la Administración del Estado, no los Interventores Delegados, los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas, no el resto de cargos y funcionarios de las mismas y los Presidentes de las Entidades Locales, no los Concejales ni funcionarios, fácilmente debe colegirse que, en cuanto a las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, la legitimación debe quedar circunscrita a los Presidentes de organizaciones de ámbito nacional.

2. Por otra parte, de los términos en que aparece redactado el escrito de consulta aunque ésta en algún extremo trata de plantearse en términos generales, se circunscribe al caso de una empresa del sector del transporte con sede social en Huesca, citándose el nombre de su Gerente que, además, es Consejero y accionista de la empresa en porcentaje no superior al 10% y el nombre de su esposa, en la que, concurre la condición de cargo público, citándose los contratos adjudicados a la empresa, con la aclaración de que los concursos se celebran con toda transparencia, no estando la esposa del Gerente en las mesas de contratación o adjudicación, señalando, por último, la urgencia con la que se necesita el informe de esta Junta y el ruego de que se haga llegar con la máxima celeridad posible.

Las anteriores circunstancias -sobre todo la última- inclinan a pensar que la Confederación Empresarial de la provincia de Huesca solicita informe de esta Junta que le sirva de fundamento a posibles impugnaciones o recursos, obligando a pronunciarse a esta Junta sobre las circunstancias de un caso concreto en lugar de sentar criterios generales en materia de contratación administrativa que es lo que constituye su específica misión.

3. Por último, ha de señalarse que esta Junta se ha pronunciado sobre el tema de incompatibilidades, reflejando criterios generales, en sus informes de 27 de febrero y 16 de septiembre de 1992 (Expedientes 6/92 y 23/92), 12 de julio de 1993 (Expediente 15/93) y 16 de febrero y 8 de junio de 1994 (Expedientes 3 y 4/94), precisamente solicitados por el Presidente de la Diputación Provincial de Huesca, a cuyo contenido

debemos remitirnos en relación con la cuestión suscitada por el Presidente de la Confederación Empresarial de la provincia de Huesca, a cuyos efectos se acompaña fotocopia de los mismos.

Informe 9/95, de 8 de junio de 1995. Otros informes. Contratos excluidos. Contratos con empresas de trabajo temporal.

ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Benalmádena remite escrito a la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a efectos de emisión de informe, redactado en los siguientes términos:

"La Ley 14/94, de 12 de junio, (B.O.E. del de junio) (sic) por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, crea estas entidades que son definidas como aquéllas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados para los supuestos de utilización recogidos en el art. 6 de la Ley mediante el denominado "contrato de puesta a disposición".

Este Ayuntamiento gestiona los servicios e instalaciones deportivas mediante un Patronato Municipal de Deportes (Organismo Autónomo Local), que a lo largo del año, y según las estaciones y las estimaciones sobre las preferencias de los usuarios, organiza diversos cursos sobre deportes (fútbol, badmintón, natación, ...). A nuestro juicio, cada uno de estos cursos constituyen un buen ejemplo de servicio de duración determinada, según se definen éstos en la normativa laboral, y ello porque además de contar con la necesaria autonomía dentro del objeto normal de la entidad, tienen una duración limitada en el tiempo, que depende de diversos factores: preferencias de los usuarios (lo que hace que, por ejemplo, algunos años no se hayan podido impartir algunos cursos por falta de inscripciones o bien que el exceso de demanda haya propiciado la celebración de varios cursos), coincidencia en el curso escolar, estación apropiada (por ejemplo para los cursos de natación ...). Son estos factores los que nos impiden considerar estos servicios como de carácter permanente, y por tanto, incluirlos en la correspondiente plantilla de la Corporación.

A la vista del art. 112 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por R.D.L. 781/86, de 18 de abril (B.O.E. de 22 y 23 de abril), se nos plantean las siguientes cuestiones:

1.- ¿Puede el Ayuntamiento o su Organismo Autónomo concertar un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal al amparo de la Ley 14/94?.

2.- En su caso, ¿tal contrato sería administrativo o privado?

3.- Dadas las características singulares que concurren en la función pública, ya que por imperativo constitucional en su selección han de respetarse los principios de mérito, capacidad y publicidad de las convocatorias, y aunque los trabajadores cedidos por la Empresa de Trabajo Temporal (ETT) no tendrían vínculo contractual alguno con el Ayuntamiento, se plantea también la posible vulneración de un contrato de puesta a disposición puede suponer de los principios constitucionales citados, a pesar de que se efectúe para una obra o servicio determinado.

4.- Asimismo, consideramos que sólo se podrán concertar los servicios de una ETT para la realización de actividades que con arreglo al art. 15 de la Ley 30/94, de 2 de julio (con la modificación operada por la Ley 23/88) puedan ser desempeñados por personal laboral, pero no así para el desempeño de servicios reservados al personal funcionario.

5.- Por último, también dudamos que la Administración pueda concertar con las ETT para otros supuestos distintos del art. 6.2.a) de la Ley 14/94."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De las distintas cuestiones suscitadas en el escrito del Alcalde de Benalmádena debe ser abordada, en primer lugar, la de si es posible que el Ayuntamiento o su Organismo autónomo puede concertar un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo personal al amparo de la Ley 14/1994, de 1 de junio, ya que la solución que se dé a la misma condiciona la correspondiente a las restantes cuestiones suscitadas.

2. La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal define en su artículo 6.1 el contrato de puesta a disposición como el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria que tiene por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquel. De los términos en que aparece redactado este artículo y el propio escrito de consulta y mereciendo el calificativo de empresa usuaria el Ayuntamiento o su Organismo autónomo, la cuestión suscitada debe quedar reconducida a si es posible que trabajadores que, a su vez, celebran un contrato de trabajo con la empresa de trabajo temporal pueden prestar servicios a una Administración Pública, concretamente el Ayuntamiento de Benalmádena o su Organismo autónomo Patronato Municipal de Deportes, cuestión que, conforme a su enunciado se observa que es ajena a la contratación administrativa y, por tanto, careciendo esta Junta de competencia para informar sobre la misma.

3. Desde el punto de vista estrictamente contractual, si se resuelve afirmativamente la cuestión planteada en el apartado anterior, no habría ninguna dificultad para admitir la posible celebración de un contrato entre la Administración y una empresa de trabajo temporal, al amparo del principio de libertad de pactos de la contratación de las Administraciones Públicas y porque ello constituiría el único cauce posible para que los trabajadores de la empresa de trabajo temporal pasaran a prestar servicios a la empresa usuaria, en este caso la Administración, siempre que se resuelva, con carácter previo, tal posibilidad, lo que, se insiste, es cuestión ajena a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Por lo demás la celebración del contrato entre la Administración y la empresa de trabajo temporal habría de ajustarse a la normativa de la legislación de contratos del Estado -hoy a la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que, a estos efectos, tenga trascendencia la calificación del contrato como administrativo o civil, dado que éste último, según el artículo 9.1 de la citada Ley se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas de la Ley en defecto de normas administrativas especiales, inexistentes en este caso.

4. Las restantes cuestiones concretas que se suscitan en el escrito de consulta del Alcalde de Benalmádena, salvo la referente a la naturaleza de contrato administrativo o civil a la que se alude en el apartado anterior, vuelven a incidir en la posibilidad y característica de los servicios que, a través de estos contratos, pueden prestarse a la Administración, por lo que se consideran materias ajenas a la actividad contractual de las Administraciones Públicas, sobre las que esta Junta carece de competencia para informar sobre las mismas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la posibilidad de que el Ayuntamiento de Benalmádena o su Organismo autónomo, Patronato Municipal de Deportes, celebren un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal está condicionada a la posibilidad de que los trabajadores de esta última puedan prestar servicios a las Administraciones Públicas, careciendo esta Junta de competencia para informar sobre esta cuestión al ser ajena a la materia contractual de las citadas Administraciones Públicas.

Informe 14/95, de 8 de junio de 1995. Otros informes. I.V.A. Tipo impositivo de I.V.A. que debe aplicarse en las liquidaciones provisionales y obligatoriedad de la emisión de facturas al finalizar la obra.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Urbanismo, Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"Esta Dirección General de Urbanismo, Arquitectura y Vivienda, de acuerdo con el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, tiene a bien consultar a esa Junta lo siguiente:

El artículo 78 de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, modifica los artículos 90 y 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, al incrementar en un punto el tipo impositivo. Como el devengo del impuesto se produce según determina el artículo 75 de la mencionada Ley, por la entrega de los bienes, la subida del tipo impositivo, normal o reducido afecta a los expedientes de contratación de obras y asistencias técnicas.

Si bien es cierto que la Circular de la Dirección General de Tributos 2/1992, de 22 de enero y los informes de esa Junta Consultiva 2/92 y 4/92, de 27 de febrero determinan el incremento en diversos supuestos, en dichos documentos no se hace referencia al incremento impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido en las liquidaciones provisionales, es por lo que solicitamos se nos informe que tipo impositivo de IVA se debe aplicar según se tome:

a) La entrega el bien, entendiendo por tal la fecha de la recepción provisional.

b) La fecha de la aprobación de la liquidación provisional.

c) La fecha de pago de la liquidación.

d) Otro momento.

Si como hasta la fecha se entiende la entrega del bien, como momento del devengo, se quiere puntualizar que la Ley y Reglamento de Contratación del Estado (artículo 172 R.G.C.E.), permiten que la liquidación sea abonada al contratista en los nueve meses siguientes a la recepción provisional de la obra, por lo tanto, y de hecho ocurre en gran cantidad de expedientes administrativos hay un gran desfase de tiempos entre las opciones antes apuntadas y el incremento en el tipo impositivo puede ocurrir que sea de varios puntos.

Se nos plantea la duda en los contratos de redacción de proyecto, formalizados en un ejercicio (1994), cuya aprobación puede ser en el mismo ejercicio (1994) o en el siguiente (1995) y abonados en este último (1995) que tipo de IVA se debe aplicar en los distintos supuestos que se dan, el 15% o el 16% y cuando se considera finalizado el servicio.

Otro problema que nos surge, es el tema de la obligatoriedad de la emisión de facturas al finalizar la obra, entendiendo que las certificaciones mensuales emitidas por el contratista son abonos a buena cuenta, si bien es cierto que la Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 4 de agosto de 1994, no

establece como uno de los requisitos para la fiscalización de las liquidaciones la emisión de facturas.

Si fuere necesario la emisión de dichas facturas, nos planteamos las siguientes dudas:

1. ¿Cual es el momento de la emisión, junto a la certificación de liquidación provisional o con la definitiva?.

2. ¿Qué tipo impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido que se debe aplicar a la factura??.

3. ¿Qué fecha debe tener la factura?.

Se ruega a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que dado la paralización de algunos expedientes por el tema del IVA a aplicar en las liquidaciones provisionales, nos sea remitido urgentemente el informe."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el escrito en el que se formula la consulta ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que dicho escrito viene firmado por el Director General de Urbanismo, Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más reciente, en sus informes de 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta, cuyo artículo 17, en su segundo párrafo establece que podrán solicitar informes los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades Locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por el titular de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, sino por el Director General de Urbanismo, Arquitectura y Vivienda, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por el titular de la Consejería, tal como exige el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, que esta Junta realice alguna consideración general sobre las cuestiones suscitadas, debiendo señalarse que esta Junta, por su propia competencia, debe limitarse a pronunciarse sobre aspectos de la contratación administrativa, dejando al margen los que puedan suponer aspectos puramente fiscales que deben ser resueltos, por vía de consulta e informe, por los órganos de la Administración Tributaria con competencia para ello.

Sobre las cuestiones que afectan a la contratación administrativa en los supuestos de cambio de tipo impositivo en el Impuesto sobre el Valor Añadido ya se pronunció esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 27 de febrero de 1992 (Expedientes 2/92 y 4/92), cuyos criterios deben darse por reproducidos por resolver las cuestiones concretas sobre devengo del Impuesto en los distintos supuestos planteados en el escrito de consulta, adjuntándose fotocopia de los mismos.

Informe 22/95, de 26 de julio de 1995. Otros informes. Conceptos generales/Competencia de la Junta y cauce apropiado. Aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las relaciones contractuales entre una Comunidad Autónoma y una sociedad estatal.

ANTECEDENTES

Firmado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias tiene entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito redactado en los siguientes términos:

> *"Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la denuncia presentada contra España sobre adjudicación a la empresa TRAGSA, así como, la modificación de la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, suprimiéndose el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRIDA) y el Instituto para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) se suscitaron serias dudas sobre si se podrá aplicar o no el convenio existente entre esta Consejería e ICONA para considerar a la empresa TRAGSA como un servicio propio de esta Administración autonómica y por lo tanto poder encargarle directamente la ejecución de obras y trabajos.*
>
> *Por parte de esta Consejería se ha emitido un informe en donde, a través de la documentación que se facilitó por la empresa TRAGSA, si parece posible el que se siga considerando como un servicio propio de esta Comunidad Autónoma.*
>
> *No obstante solicitamos que por esa Junta Consultiva se nos emita informe en orden a si es posible o no el seguir manteniendo esta consideración y en su virtud poder encargarle la realización directa de contratos en los términos del artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."*

2. De conformidad con lo indicado en el anterior escrito se acompaña al mismo informe suscrito por el Jefe de la Sección de Contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias en el que se expresa el criterio favorable a la consideración de TRAGSA como servicio propio de la Administración y a la posibilidad de que la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo pueda encargarle directamente la ejecución de obras y trabajos, no obstante lo cual considera que dicho criterio debe ser refrendado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de fondo de las cuestiones suscitadas en el escrito en el que se formula la consulta ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que dicho escrito viene firmado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo y 8 de junio de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta, cuyo artículo 17, en su segundo párrafo, establece que podrán solicitar informes los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y Presidentes de las Entidades Locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por el titular de la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias, sino por la Secretaria General Técnica, debe considerarse no admisible la consulta formulada sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por el titular de la Consejería, tal como exige el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, que esta Junta realice alguna consideración general sobre las cuestiones suscitadas por el interés que pueden presentar en el presente caso y otros análogos.

En principio las relaciones entre la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias y la empresa TRAGSA han de articularse en el marco de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando todas sus posibilidades, es decir, los supuestos de exclusión de la Ley, la ejecución de obras por la Administración y la utilización del procedimiento negociado, siempre que, como es lógico, en cada supuesto concurran los requisitos legalmente establecidos y constituyendo elemento interpretativo de primer orden para la solución que se adopte la circunstancia de que la Comisión de la Comunidad Europea, según se hace constar en la documentación remitida, ha archivado la denuncia presentada contra TRAGSA por incumplimiento de las Directivas sobre contratación pública, denuncia fundamentada en ser TRAGSA una sociedad estatal y no tener la consideración de servicio propio de la Administración.

Informe 24/95, de 24 de octubre de 1995. Otros informes. Conceptos generales/Competencia de la Junta y cauce apropiado. Aplicación de la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las sociedades integradas en el grupo ENA.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. (ENASA) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"La disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dice:*
>
> > *"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 a su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".*
>
> *Habida cuenta que el citado precepto afecta a las Sociedades integradas en el Grupo ENA, siguiendo instrucciones de la Dirección General del Patrimonio del Estado, en base a lo previsto en el artículo 10.1 de la mencionada Ley, se solicita que por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa se determine, en cuanto a dichas Sociedades concierne, y en el ámbito de su competencia, el alcance de tal Disposición y su aplicación práctica."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Presidente de ENASA.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 23 de marzo de 1988, 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta.

El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por el Presidente de ENASA, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre la cuestione suscitada, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.

Intervención General C.A.Murcia 13/Marzo/2000

La disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que con claridad resulta aplicable a la ENASA por su carácter de sociedad mercantil de capital estatal, no es una novedad de la misma, sino que, con contenido y ámbito similar, figuraba en la disposición transitoria segunda del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por lo que, prácticamente idénticos problemas se suscitaban con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que la que esta última suscita.

Aparte de las salvedades de que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sujeta la actividad contractual a los reseñados principios e, insistiendo en que la misma regulación existía con anterioridad a su entrada en vigor, cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguna la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente.

Sobre la sujeción a los indicados principios 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 sí 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, a cuyos preceptos no queda sujeta ENASA.

Informe 34/95, de 24 de octubre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado/Cuestiones relacionadas con la aplicación de las Directivas y otros acuerdos de la Comunidad Europea. Consideración de organismo profesional cualificado a los efectos de extender el otorgamiento de declaración responsable a que se refiere la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

Por Dª;. María de la Soledad Gil Romero, en su calidad de Secretaria General de la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de Las Palmas, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, consignando los siguientes extremos:

"Primero.- La organización compareciente viene ejerciendo la facultad que le concede el art. 21, apartado 5, de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en aplicación del art. 9 de la Ley de Contratos del Estado hoy derogada y art. 23 del Reglamento General de Contratación, sin que -por parte de ningún organismo contratante- se produjera rechazo o recelo alguno a su admisión.

Segundo.- Que, con fecha 17 de Julio p.pdo., se recibe -vía fax-, escrito de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias, relativo a la interpretación que -a juicio de dicha Dirección- debe otorgarse al concepto de "organismo profesional cualificado" contenido en el apartado 5 del artículo 21 de la Ley 13/1995 citada que reserva a tales organismos la competencia para realizar las declaraciones de capacidad para la inscripción de licitadores en el Registro de Contratistas de esta Comunidad Autónoma, creado por Decreto 92/1994 y regulado por la Orden de 8 de Agosto (B.O.C. 24.8.94) de la citada Consejería. Se adjunta copia del escrito de referencia.

Tercero.- De forma paralela a la emisión del escrito de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias a esta Asociación, se producen comunicaciones individuales a cada una de las empresas asociadas que habían incorporado declaración responsable con comparecencia ante esta A.E.C., sobre expedientes de solicitudes que se habían efectuado antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, y ya inscritas en el Registro de Contratistas de la Consejería citada, advirtiendo su nulidad a efectos de licitaciones dando, por tanto, carácter retroactivo a la acción e invalidando, para el futuro, el ejercicio de esta facultad a la compareciente.

Cuarto.- Que, por parte de todos los organismos contratantes dependientes del Gobierno Autónomo de Canarias, se sigue aceptando el documento que acredita la comparecencia y manifestaciones responsables efectuadas ante esta Asociación, de cara a la presentación de ofertas en los concursos-subastas, siendo la interpretación de la Dirección General de Patrimonio y Contratación un hecho aislado y a los solos efectos de emisión de la inscripción de las mismas en el Registro de Contratistas de esta Comunidad.

Quinto.- En el citado escrito se evidencia que no se discute la "cualificación" de la Asociación profesional, sino su condición de organismo de naturaleza jurídica-pública y porque, además, presuntamente entre sus fines no figura la defensa de

los intereses de una determinada profesión sino la defensa de los intereses económico-sociales de sus asociados.

Sexto.- Debe rebatirse este argumento desde la base de la propia regulación legal del Derecho de Asociación y su concreto reflejo en los Estatutos de la Asociación de Empresarios de la Construcción. Ya en el mismo preámbulo de la Ley 19/1977, de 1 de Abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical -cuya regulación dedicada a las asociaciones profesionales continúa en vigor, de acuerdo con la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical- se hace alusión expresa a los límites funcionales de las asociaciones profesionales y lo hace en términos e: "(...) sin otro límites funcionales que los inherentes a la naturaleza profesional de sus fines estatutarios y al deber de acatamiento de legalidad (...)".

Séptimo.- El reflejo de tal previsión legal en los Estatutos de la Asociación de Empresarios de la Construcción se plasma, entre otras, en las expresas referencias de los apartados c) "La representación, gestión y defensa de los intereses (...) profesionales de los miembros " y k) "Velar por el prestigio profesional y dignidad de todos sus miembros, evitando la competencia ilícita y desleal en cualquiera de sus formas" del artículo 3º de los mismos (se adjunta copia).

Por lo tanto, sus actividades trascienden del mero concepto empresarial y alcanzan al ámbito profesional en el sentido literal y más directo de tal acepción. Sin recurrir a criterios de interpretación lógica, contextual ni taleológico, de la propia dicción literal de esos términos se infiere que los fines de la Asociación abarcan también los de índole estrictamente profesional.

Octavo.- En cuanto a que se defienden intereses profesionales, es legítimo otorgarle idéntico tratamiento respecto a aquellos organismos de naturaleza jurídico-pública constituidos para la defensa y promoción de los intereses respectivos de una profesión determinada, tal como lo hace un Colegio Profesional. Debe repararse en que el derecho de Asociación aparece garantizado en nuestro ordenamiento constitucionalmente entre los Derechos Fundamentales -Sección Primera del Capítulo 2º del Título I-, en tanto que la garantía de regulación legal del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y ejercicio de la profesiones tituladas aparece entre los Derechos y Deberes -Sección Segunda del Capítulo 2º del Título I, su propio rango constitucional otorga una superior protección a las actividades desarrolladas en el ejercicio del Derecho de Asociación.

Por todo ello, se eleva consulta a esa Junta consultiva a efectos se examinen los argumentos expuestos, con el soporte documental anexo para, en definitiva, y previas las comprobaciones oportunas, se sirva emitir dictamen al respecto."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de fondo de la cuestión suscitada ha de abordarse la de si la Secretaría General de la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de Las Palmas puede formular consultas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuestión que ha de ser resuelta de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y, concretamente, en su artículo 17 que determina que la Junta emitirá sus informes a petición, entre otras personas de los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.
Prescindiendo de que la solicitud de informe se realiza por la Secretaría General y no por el Presidente de la Asociación, incluso, en relación con este último habría que

reiterar los criterios sentados por esta Junta en su informe de 22 de marzo de 1995 (Expediente 4/95), en el que, en relación con una consulta formulada por el Presidente de una Confederación empresarial provincial, se manifestaba lo siguiente:

> *"Aunque una interpretación aislada de la expresión utilizada por el citado artículo 17 podría llevar a la conclusión de que el Presidente de una organización empresarial de ámbito provincial puede solicitar informes a esta Junta, tal conclusión debe ser descartada ya que evidentemente la legitimación de los Presidentes de organizaciones empresariales ha sido establecida, aunque no se diga de manera expresa, con idéntico o similar rango y ámbito de ejercicio de funciones al del resto de personas a que se refiere el citado artículo 17. Así si se establece que pueden pedir informe a la Junta los Subsecretarios y los Directores Generales, no los Delegados provinciales ministeriales, los Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, no sus delegados, el Interventor General de la Administración del Estado, no los Interventores Delegados, los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas, no el resto de cargos y funcionarios de las mismas y los Presidentes de las Entidades Locales, no los Concejales ni funcionarios, fácilmente debe colegirse que, en cuanto a las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, la legitimación debe quedar circunscrita a los Presidentes de organizaciones de ámbito nacional"*.

2. Sin perjuicio de lo anterior esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas observaciones en cuanto a la cuestión de fondo que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse.

La cuestión se suscita en relación con el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece que la prueba por parte de los empresarios de no estar incursos en las prohibiciones para contratar, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa notario público u organismo profesional cualificado.

La primera observación que debe realizarse es la de que, aunque la cuestión trata de ligarse a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pudo igualmente suscitarse con anterioridad durante la vigencia de la legislación de contratos del Estado, puesto que idéntica fórmula a la del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas utilizaba el artículo 9, tercer párrafo, de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo.

La segunda observación es la de que la referencia a "organismo profesional cualificado" que recoge la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -y recogía la Ley de Contratos del Estado- ha sido exclusivamente motivada por la necesidad de incorporar el contenido de las Directivas comunitarias y prever situaciones que pueden darse en otros países, comunitarios o no, pero sin que dicha referencia tenga sentido respecto a empresarios españoles, dado que, según resulta del artículo 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la declaración responsable ha de realizarse, y por otra parte es suficiente que se realice, ante el órgano de contratación, en su caso, ante el órgano encargado del Registro de Contratos, como así lo puso de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23 de marzo de 1988, cuya doctrina debe darse por reproducida pues, aún refiriéndose a la legislación de contratos del Estado entonces vigente, el supuesto de hecho contemplado por la norma es idéntico al que incorpora el artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 35/95, de 24 de octubre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado/Cuestiones relacionadas con la aplicación de las Directivas y otros acuerdos de la Comunidad Europea. Consideración de organismo profesional cualificado a los efectos de extender el otorgamiento de declaración responsable a que se refiere la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

1. Por D. Jorge Mora Alberola, en su calidad de Secretario General de la Asociación Española de Empresas Consultoras de Ingeniería Civil, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito redactado en los siguientes términos:

> *"La Ley 13/95 de Contratos de las AA.PP. establece en su Título II los requisitos para contratar con la Administración.*
>
> *El art. 21 de dicha Ley contiene el procedimiento para prevenir las prohibiciones de contratar que podrían afectar a las empresas licitantes.*
>
> *El ap. 5 de dicho artículo permite sustituir el testimonio judicial o la certificación administrativa de prueba de no incurrir en las mencionadas prohibiciones, por una declaración responsable del empresario, otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismos profesional cualificado.*
>
> *TECNIBERIA-CIVIL ha preparado el adjunto formulario para acreditar el otorgamiento de las declaraciones responsables requeridas a las empresas, con la pretensión de facilitarlo a sus asociados como un servicio más.*
>
> *Previa y gustosamente sometemos a dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa al objeto de adquirir la evidencia de que el documento preparado pueda surtir los efectos administrativos buscados y sea aceptable como tal por las Mesas de Contratación."*

2. Al anterior escrito, conforme se indica en el mismo, se acompaña copia del texto de la Ley 13/95, Estatutos de Tecniberia-Civil y Modelo de impreso sugerido.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Secretario General de Tecniberia-Civil

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 23 de marzo de 1988, 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los

Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por el Secretario General de Tecniberia Civil, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. Sin perjuicio de lo anterior esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas observaciones en cuanto a la cuestión de fondo que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse.

La cuestión se suscita en relación con el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece que la prueba por parte de los empresarios de no estar incursos en las prohibiciones para contratar, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa notario público u organismo profesional cualificado.

La primera observación que debe realizarse es la de que, aunque la cuestión trata de ligarse a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pudo igualmente suscitarse con anterioridad durante la vigencia de la legislación de contratos del Estado, puesto que idéntica fórmula a la del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas utilizaba el artículo 9, tercer párrafo, de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo.

La segunda observación es la de que la referencia a "organismo profesional cualificado" que recoge la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -y recogía la Ley de Contratos del Estado- ha sido exclusivamente motivada por la necesidad de incorporar el contenido de las Directivas comunitarias y prever situaciones que pueden darse en otros países, comunitarios o no, pero sin que dicha referencia tenga sentido respecto a empresarios españoles, dado que, según resulta del artículo 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la declaración responsable ha de realizarse, y por otra parte es suficiente que se realice, ante el órgano de contratación, como así lo puso de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23 de marzo de 1988, cuya doctrina debe darse por reproducida pues, aún refiriéndose a la legislación de contratos del Estado entonces vigente, el supuesto de hecho contemplado por la norma es idéntico al que incorpora el artículo 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 39/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado. Disposición transitoria sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

Por D. Pedro Rivero Torre, Vicepresidente y Director General de Unidad Eléctrica, S.A. (UNESA) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se formula consulta interpretativa sobre el alcance de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas exponiendo los siguientes antecedentes:

"1º. Con fecha de 19 de mayo de 1995, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1. del Código Civil, entró en vigor el día 8 de junio de 1995.

2º. La Disposición Transitoria Sexta de la LCAP, bajo el título "Entrada en vigor de determinadas disposiciones", establece en su apartado primero que los órganos de contratación que celebren contratos de obras y suministros comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, estarán obligados a cumplir respecto de estos contratos con las disposiciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas previstas en la LCAP a partir del 1 de enero de 1996 (y para los contratos de servicios a partir del 1 de enero de 1997). En su apartado segundo, la Disposición Transitoria Sexta establece que "En tanto no se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las Entidades de Derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables."

En relación con los anteriores hechos formula las siguientes consideraciones:

1ª;. Una interpretación sistemática de la LCAP lleva a considerar que la citada Disposición Transitoria Sexta es de aplicación a los contratos que celebren los órganos de contratación aquellas Administraciones o entidades públicas, que sometidas a dicha Ley, operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Y ello, por diversos fundamentos jurídicos que se exponen a continuación:

La Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado 1.2., señala respecto de las Directivas 90/531/CEE, "... que no se ha estimado procedente, por el carácter privado de la mayor parte de las entidades a las que afecta, la incorporación de... tales Directivas a la LCAP, ... aunque se prevén las medidas necesarias para su aplicación a Entidades públicas sujetas a esta Ley...". De acuerdo con el artículo 1º de la Ley, donde se delimita su ámbito de aplicación subjetivo, ninguna de las Empresas públicas que operan en el sector eléctrico están sujetas a la LCAP, por lo que no cabe suponer que las medidas contenidas en la Disposición Transitoria Sexta sean aplicables a las mismas.

La única disposición que contiene la LCAP relativa a los sectores excluidos es la Disposición Transitoria Sexta, de donde se deduce que la intención del legislador es la de referirse a las Entidades públicas sujetas a esta Ley cuando celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 90/531/CEE (o 93/38/CEE), y no la de obligar por vía de una disposición transitoria a todas las

entidades afectadas por esta última Directiva, a cumplir con las obligaciones de la misma.

Asimismo, parece más adecuada una interpretación conjunta de la Disposición Transitoria Sexta en sus dos párrafos como una única disposición coherente,y no como dos disposiciones separadas con objetos y destinatarios distintos, para lo que en buena lógica se hubieran empleado dos disposiciones transitorias. En tal sentido, si la interpretamos como una disposición única, lo que viene a decir es que las entidades públicas, a las que se aplica la LCAP, que celebren contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE, deberán cumplir -respecto de estos contratos- con las disposiciones de publicidad de la LCAP a partir del 1-1-1996, o a partir del 1.1.1997, fechas de entrada en vigor de la Directiva, sin esperar a la incorporación de esta Directiva a nuestro ordenamiento. En tanto no se produzca esta incorporación, continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que les resulten aplicables.

Por otro lado, resulta evidente que si el legislador quisiera dirigir la Disposición Transitoria Sexta a las Empresas públicas o privadas sujetas a la Directiva en cuestión, no señalaría que éstas deberán cumplir únicamente con las obligaciones de publicidad de la LCAP, sino más bien con todas las de la propia Directiva.

Finalmente, la referencia a los órganos de contratación que se realiza en el apartado primero de la Disposición Transitoria Sexta debe ponerse en relación con el artículo 12 de la LCAP, titulado precisamente "Órganos de contratación", y donde se señala en el párrafo segundo del apartado primero, que los representantes legales de los Organismos autónomos y demás Entidades públicas estatales son sus órganos de contratación. Asimismo se señala (apartado cuarto) que podrán constituirse Juntas de Contratación en los Departamentos ministeriales y sus Organismos autónomos que actuarán como órganos de contratación en determinadas circunstancias. Por ello, al hablar de órganos de contratación, la LCAP se refiere a los órganos de contratación de las Administraciones o Entidades públicas, y no a los de las entidades contratantes a las que hace referencia la Directiva 3/38/CEE.

Por el contrario, la referencia a las entidades de derecho público del apartado 3 del artículo 1 no plantea dificultades, puesto que se trata de aquellas entidades que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, circunstancia que evidentemente no concurre en ninguna de las empresas públicas eléctricas.

2ª; - No obstante lo anterior, en algunos sectores se ha cuestionado la posibilidad de que la Disposición Transitoria Sexta obligue a todas las entidades contratantes sometidas a la Directiva 93/38/CEE, y no sólo a aquéllas que se encuentren sometidas a su vez a la LCAP como entidades de derecho público".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Vicepresidente y Director General de UNESA.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de, 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo y 26 de

octubre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta.
El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.
En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por el Vicepresidente y Director General de UNESA, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre las cuestiones suscitadas, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.
La interpretación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos con las Administraciones Públicas, conduce a la conclusión de que la misma únicamente se refiere, en sus dos apartados, a las Administraciones, Organismos y Entes sujetos a la Ley, es decir, Administraciones Públicas y sus Organismos autónomos, por un lado, y Entes Públicos creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, por otro, estableciendo respecto a los primeros, un aplazamiento en las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades europeas y manteniendo, respecto a los segundos su actual régimen público o privado al que esté sometida su actividad contractual.
Por tanto la citada Disposición Transitoria Sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, no se refiere a empresas privadas que aplicarán la Directiva 93/38/CEE cuando su contenido se incorpore a la legislación española, sin perjuicio de que dicha Directiva pueda tener, en determinados extremos "efecto directo" según la conocida doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuestión que resulta improcedente examinar en detalle en el presente informe.

Informe 40/95, de 7 de marzo de 1995. Otros informes. Conceptos generales. Contratos menores.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Lorca se dirige escrito al Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre el artículo 57 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas *"al objeto de conocer el criterio de la Junta Consultiva sobre las características de los contratos menores y los requisitos necesarios para su celebración, especialmente si resulta obligado o no la incorporación al expediente del pliego de condiciones y su adjudicación o no a través de los sistemas que establece la precitada disposición"*.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La resolución de la cuestión suscitada -en realidad, la determinación del régimen jurídico de los contratos menores- requiere realizar un examen de su regulación en la anterior legislación de contratos del Estado, de las modificaciones introducidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en definitiva, y este es el problema que mayores dificultades está suscitando en la práctica, reseñar sus diferencias con el procedimiento negociado por razón de la cuantía.

2. La legislación de contratos del Estado vigente con anterioridad a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto a determinados tipos de contratos -obras, suministros y contratos con empresas consultoras y de servicios- establecía determinadas especialidades en su régimen jurídico para los de menor cuantía económica, aunque utilizando distinta terminología para su caracterización.

Respecto a los contratos de obras, el artículo 70 del Reglamento General de Contratación del Estado se refería a las reparaciones menores, respecto de las que indicaba que en los proyectos podrían reducirse o incluso suprimirse los documentos exigibles para todos los proyectos y que en todo caso debería figurar el presupuesto de las obras como único documento exigible cuando se tratase de obras inferiores a 2.500.000 pesetas.

En los contratos de suministro el artículo 86 de la Ley de Contratos del Estado consideraba suministros menores los referentes a bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no excediese de 500.000 pesetas, disponiendo que en los suministros menores que hubiesen de verificarse directamente en establecimientos comerciales abiertos al público, podría sustituirse el correspondiente pliego por una propuesta razonada. Por su parte, el artículo 89 de la propia Ley de Contratos del Estado, dedicado a la formalización del contrato de suministro, indicaba que en las compras directas de suministros menores en establecimientos comerciales abiertos al público haría las veces de documento contractual la factura pertinente, cuando constasen en ella los requisitos reglamentariamente establecidos.

El artículo 13 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sobre contratos con empresas consultoras o de servicios, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 52/1991 de 25 de enero, se limitaba a establecer que tendrían la consideración de contratos menores aquellos cuyo importe total no excediese de 500.000 pesetas, añadiendo que en los mismos podía sustituirse el pliego de cláusulas administrativas particulares por una propuesta de actuación razonada.

Por otra parte, los artículos 37.3, y 87.3 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 9.a) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, admitían la posibilidad de acudir a la contratación directa, en los contratos de obras de presupuesto inferior a 50.000.000 de pesetas, en los contratos de suministro que no excediesen de 10.000.000 de pesetas o de 25.000.000 de pesetas, en los contratos de suministro fabricación, y en los contratos con empresas consultoras o de servicios de cuantía inferior a 15.000.000 de pesetas.

Como se desprende del examen de los preceptos reseñados, en la legislación de contratos del Estado no existía un concepto único de contratos menores sino diversas categoría de los mismos (reparaciones menores, obras inferiores a 2.500.000 pesetas, suministros menores, suministros en establecimientos comerciales abiertos al público y contratos menores de asistencia con empresas consultoras y de servicios), ni un único régimen jurídico para los mismos, pues en cada caso concreto se exceptuaba de determinados requisitos que no siempre eran los mismos. Pese a todo, en la anterior legislación de contratos del Estado no se suscitaban las dificultades interpretativas que ahora se suscitan en relación con los contratos menores, lo que quizá fuera debido a la diferencia existente entre las cifras que configuraban en cada caso el concepto de contrato menor y las que autorizaban, también en cada caso, la contratación directa por razón de la cuantía de los contratos.

3. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ha cambiado sustancialmente los criterios de la legislación anterior pues, aparte de seguir admitiendo los contratos menores en los mismos tipos de contratos anteriores (obras, suministros y consultoría y asistencia y servicios) unifica y simplifica su concepto al establecer en el artículo 57 que "en los contratos menores que se definirán exclusivamente por su cuantía, de conformidad con los artículos 121, 177 y 202, la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran". La remisión a los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley significa que sólo serán admisibles los contratos menores de obras cuando su cuantía no exceda de 5.000.000 de pesetas; y los contratos menores de suministro, con excepción de los aquellos a los que se refiere el artículo 184 y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, cuando su cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas.

Siendo estos preceptos (artículos 57, 121, 177 y 202) los únicos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos menores, la interpretación literal de los mismos conduce a la conclusión de que para que un contrato sea menor, basta atender a su cuantía y que, respecto a ellos solo serán exigibles la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, sin perjuicio de que en el contrato menor de obras se exija el presupuesto y el proyecto, este último cuando normas específicas lo requieran, debiendo significarse la utilización del adverbio "solo" equivalente a "únicamente" y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente con el propio artículo 57 para el contrato menor de obras.

Desde el punto de vista de sus antecedentes resulta ilustrativo que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas haya suprimido el contenido de los artículos 125.2, referente a los suministros menores en que no ha lugar a la constitución de fianza y 89 de la Ley de Contratos del Estado referente a la factura como sustitutiva del documento contractual, en suministros, con lo que se viene a demostrar que la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera omnicomprensiva la regulación de los contratos menores contenida en sus artículos 57, 121, 177 y 202, y que los requisitos de los mismos son los únicos exigibles, sin que considere oportuno mencionar expresamente la no exigencia de otros (garantías y documento de formalización) que resulta de los artículos citados por simple exclusión y omisión de su cita.

Desde el punto de vista finalista o teleológico la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala como uno de los objetivos de la misma "la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación" (apartado 1.5) y uno de los medios para conseguirlo, "la potenciación de los contratos menores" (apartado 2.6) objetivo y medio que difícilmente se concilian con la exigencia de otros requisitos, no establecidos en su regulación específica para los contratos menores.

No obstante, no debe excluirse, en principio, la aplicación del artículo 11 de la propia Ley, en cuanto establece los principios y los requisitos generales a los que deben ajustarse los contratos de las Administraciones Públicas. El artículo 11 señala en su apartado 1 que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la misma Ley. En el apartado 2 fija los requisitos generales para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la misma. Pues bien, debe analizarse en primer lugar el alcance del requisito de exigencia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores para posteriormente examinar el cumplimiento de los requisitos generales. Respecto de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia debe determinarse, en la precisión del apartado 1, las excepciones establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En el contexto general de la Ley podemos señalar que las únicas excepciones a la observancia del principio de publicidad son las contenidas respecto de los contratos menores en el artículo 57 y en la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en los términos establecidos en los artículos 74, 79 y 93 para todo tipo de contratos y en los artículos 141, 183 y 211 respectos de los contratos de obras, de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios, respectivamente en lo que afecta al objeto de la consulta. En cuanto se refiere al principio de concurrencia las excepciones resultan de lo dispuesto en el artículo 57, que no requiere la concurrencia de ofertas, y en los artículos 74.4 y 141, 183, y 211 cuando la adjudicación del contratos solo pueda estar referida a una única empresa mediante el procedimiento negociado. En segundo lugar, en cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos especificados en el apartado 2 del artículo 11 debe hacer una especial mención al carácter de éstos antes de comentar el alcance de la exigencia de su cumplimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 57. Los requisitos correspondientes a los apartados a) (competencia del órgano de contratación), b) (capacidad del contratista), c) (determinación del objeto del contrato) y d) (fijación del precio), necesariamente han de cumplirse por ser requisitos sin los cuales no puede celebrarse ningún contrato, ni podría, en el referente a la determinación del objeto, conocer ante que contrato nos encontramos, ni en lo referente al precio, si se trata de un contrato menor. Los requisitos correspondientes a los apartados e) (existencia de crédito adecuado y suficiente), g) (fiscalización previa de los actos de contenido económico) y h) (aprobación del gasto) no son consecuencia de la naturaleza propia del contrato sino de lo establecido en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas en el proceso de ejecución del presupuesto. Finalmente, los requisitos f) (tramitación de expediente con incorporación de los pliegos de cláusulas que regirán el contrato) e i) (formalización del contrato) son requisitos propios del sistema procedimental de los distintos contratos.

El artículo 57, al regular los contratos menores, en la acción de simplificación del procedimiento jurídico de la contratación y como medio para potenciarlos, de entre los requisitos señalados en el artículo 11, solo viene a exigir el cumplimiento expreso de dos de ellos, sin perjuicio de la concurrencia de aquellos que resulten imprescindibles para que se pueda considerar la existencia de un contrato y de los que resulten de las normas presupuestarias específicas aplicables. Así será exigible en todo caso la tramitación del expediente de contratación, si bien queda excluida la incorporación al mismo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, indicando que en los contratos menores de obras se incorporará al mismo el presupuesto de las mismas y el proyecto cuando normas específicas lo requieran, y la aprobación del gasto, que se incorporará al mismo y requerirá el cumplimiento de las normas que lo regulen, en las que se exigen, con carácter general, la existencia de crédito adecuado y suficiente y, en función de la cuantía, el cumplimiento del requisito de la fiscalización previa de los actos de contenido económico. Por último, se exige la incorporación al expediente de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos, requisito que viene exigido por la consecuencia

lógica de lo dispuesto en el artículo 100 sobre pago del precio y por así resultar de la culminación del proceso de ejecución del gasto.

Como conclusión de este apartado debe sostenerse, por tanto, que en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos menores sólo exigen para su celebración los requisitos establecidos en el artículo 57, que la cuantía de los mismos no exceda de las señaladas en los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley y los resultantes del artículo 11 en los términos que han quedado reseñados.

Por lo demás, esta conclusión es la mantenida por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado en su informe de 19 de julio de 1995, en el que, además se analizan, para descartarlos, los argumentos que pueden conducir a conclusión contraria.

4. El último apartado de este informe tiene que ser dedicado al extremo de analizar las diferencias entre contrato menor y procedimiento negociado por razón de la cuantía, pues la identificación de ambos ha producido las dificultades que se observan en la práctica y que han motivado la consulta que se formuló a la Dirección General del Servicio Jurídico y ahora se formula a esta Junta Consultiva.

Antes de entrar en el análisis de tales diferencias, por si puede ayudar a resolver los problemas planteados, hay que hacer la indicación de que, tanto la utilización del contrato menor, como la del procedimiento negociado por razón de la cuantía, son meras posibilidades que, para agilizar la contratación administrativa, se incorporan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes lo fueron a la legislación de contratos del Estado y, que aún en los supuestos de cuantías inferiores que autorizarían la celebración de un contrato menor o la utilización del procedimiento negociado, el órgano de contratación, para someter su actividad contractual a un mayor control y para favorecer en definitiva la libre concurrencia y la transparencia en la contratación pública, puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos o restringidos, es decir a licitación pública, sin necesidad de acudir para justificar tal posibilidad más que a los principios de publicidad y concurrencia, básicos de la contratación administrativa, al carácter excepcional de su no aplicación (artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y al carácter facultativo que a la utilización del procedimiento negociado atribuyen los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 209 y 210 de la propia Ley.

En cuanto a la propia diferenciación entre contrato menor y procedimiento negociado la dificultad ha surgido como consecuencia de la reducción de cifras que, en relación con la contratación directa, ha operado la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que para los supuesto en que se admite el contrato menor, (contrato de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios) coinciden prácticamente con las causas de utilización del procedimiento negociado, sin que la coincidencia sea exacta, pues aparte de no darse en el suministro fabricación (2.000.000 de pesetas el contrato menor y 3.000.000 de pesetas el procedimiento negociado) la Ley cuando se refiere a contratos menores utiliza la expresión de que "su cuantía no exceda" y cuando se refiere a procedimiento negociado habla de "cuantía inferior" por lo que se produce la diferencia de una peseta.

Esta diferenciación cuantitativa serviría por si sola para diferenciar ambos supuestos aunque esta Junta considera que la diferenciación es de mayor alcance, puesto que el contrato menor es una categoría o figura contractual para la que solo se exigen determinados requisitos, mientras que el procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de contratos sujeto a las reglas generales de la Ley (garantías, pliegos, Mesa de contratación, etc...) exceptuando exclusivamente las que hacen referencia específica a otros procedimientos y formas de adjudicación, es decir a los procedimientos abiertos y restringidos y a la subasta y al concurso y, además, a la regla específica del artículo 93 de solicitud de tres ofertas, siendo posible su aplicación al procedimiento negociado y no, por lo razonado, al contrato menor.

Como en este sentido se señala en el citado informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995 la identificación absoluta entre contratos menores y procedimiento negociado por razón de la cuantía no existe en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido este efecto el legislador le habría resultado mucho más sencillo, "referirse directamente a los "contratos menores" entre los supuestos que permiten la adjudicación negociada sin publicidad", correspondiendo al órgano de contratación, ante un contrato cuya cuantía permite calificarlo como menor y, al mismo tiempo, ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad, optar por el régimen simplificado del artículo 57 o por la tramitación completa del expediente y por la adjudicación, previa constitución de la Mesa de contratación y solicitud de ofertas, mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la celebración de un contrato menor solo o únicamente requiere los requisitos establecidos en el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con los artículos 121, 177 y 202, sin perjuicio de los que, con carácter general, resultan del artículo 11 de la propia Ley en los términos establecidos en el cuerpo de este informe.

2. Que la posible coincidencia de cifras que determinan la posibilidad de acudir al contrato menor o al procedimiento negociado sin publicidad debe ser resuelta por el órgano de contratación, debiendo tramitarse el expediente con sujeción a las normas generales de la Ley, salvo las específicas de otro procedimiento o forma de adjudicación y, a la específica de su artículo 93, si se opta por el segundo término de la alternativa.

Informe 41/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado. Clasificación de las empresas que contratan con la Administración la gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES

Por D. Guillermo Ruiz Comerma, Vicepresidente de la Junta Directiva de la Asociación de "Aseo Urbano de Pequeñas y Medianas Empresas (AUPYME) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Nuestra Asociación, AUPYME, agrupa a empresas contratistas con los Ayuntamientos para recogida de basura, limpieza, viaria, tratamiento de basuras, limpieza de interiores y jardinería.

Varios de nuestros asociados tienen la duda si en las licitaciones a las que se presentan es o no obligatorio la Clasificación Empresarial a tenor de lo dispuesto en la ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas.

Esta Ley y con arreglo al Libro II, Título II, clasifica a estas empresas en : "gestión de servicios públicos".

Y con arreglo al Libro II, Título IV las empresas de servicios no son las que gestionan servicios públicos, sino las contratadas para hacer un servicio a la entidad contratante.

Y entrando en el detalle de la citada ley vemos:

Art. 15.- Para contratar con la administración habrá que acreditar la solvencia económica, financiera o técnica, requisito que podrá ser sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta ley sea exigible.

Art. 20 - k.- No podrán contratar las que no estuviesen debidamente clasificadas conforme a lo dispuesto en esta ley.

Art. 25.- Para contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación.

No cita para nada los contratos de gestión de servicios.

Art.80-b.- Acreditar la clasificación de la empresa en su caso, o justificación de solvencia económica, financiera y técnica.

No hace obligatoria la clasificación.

Título II.- Art. 155 al Art. 171.- Trata de los contratos de gestión de servicios públicos y nada dice de la necesidad de que las empresas estén clasificadas.

Art. 197 - 3.- Determina cuales son los contratos de servicio y no figuran los señalados en la introducción de la presente.

A la vista de todo lo expuesto:

S U P L I C A: Se nos extienda dictamen con los siguientes extremos si así fuese la interpretación correcta que les sometemos:

1º. Las empresas que se dedican a contratos con la Administración de recogida de basuras, limpieza viaria, tratamiento de basuras, limpieza de interiores y regulación de aparcamientos en superficie son empresas de gestión de servicios públicos y no empresas de servicios.

2º. A las empresas de gestión de servicios públicos no se les puede exigir la clasificación, aunque de tenerla ésta valdría para justificar su solvencia económica, financiera y técnica.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Vicepresidente de AUPYME.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de, 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo y 26 de octubre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta.

El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por el Vicepresidente de AUPYME, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre la cuestiones suscitadas, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que la anterior legislación de contratos del Estado, diferencia nítidamente el contrato de gestión de servicio público, regulado en el Título II del Libro II y los contratos de servicios a prestar a la Administración, regulados, junto con los de consultoría y asistencia y los de trabajos específicos y concreto no habituales en el Título IV del mismo Libro II. De las respectivas definiciones de estos contratos resulta que en los primeros, un servicio público titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares.

Una de las consecuencias más importantes de la diferenciación entre ambos tipos de contratos estriba en que, como se hace constar en el escrito de consulta, en el contrato de gestión de servicio públicos no es exigible la clasificación que resulta preceptiva, cuando exceden de 10.000.000 de pesetas, en los contratos de servicios.

Por lo demás, la calificación del contrato deberá hacerse en cada caso concreto atendiendo a su objeto y circunstancias pareciendo en principio poder afirmarse que los enunciados en el escrito de consulta son contratos de gestión de servicios públicos salvo el de "limpieza de interiores" que, en principio más bien corresponde al concepto de contratos de servicios.

Por último resulta ocioso plantearse si la clasificación sustituye en estos casos a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica que, en todo caso deberá acreditarse por los medios que, entre los que figuran en el artículo 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fije el órgano de contratación en el pliego,

siendo una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso si está o no el medio exigido incluido en la correspondiente clasificación.

Informe 45/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Ambito subjetivo. Cuestiones relativas a la aplicación al Instituto Cervantes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

1. Por el Director del Instituto Cervantes, Entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, creada por Ley 7/1991, de 21 de marzo, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe en relación con la consulta elaborada por la Dirección de Administración del propio Instituto con el fin de aclarar -se dice- determinadas cuestiones relativas a la aplicación al Instituto de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Al escrito anterior se acompaña, como se indica en el mismo, la consulta elaborada por la Dirección de Administración del Instituto Cervantes en los siguientes términos:

"El Instituto Cervantes es una entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, creada por Ley 7/1991, de 21 de marzo, cuyos fines son promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español, así como contribuir a la difusión de la cultura en el exterior.

Para el cumplimiento de sus fines, el Instituto Cervantes cuenta con una red de Centros en el exterior que, en su mayor parte, le fueron adscritos por acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1991, en cumplimiento de la Disposición Adicional Tercera de su Ley de creación y que dependían con anterioridad de diversos Ministerios.

De acuerdo con el artículo 2º de la citada Ley, el Instituto Cervantes debe ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, rigiéndose por su Ley de creación y disposiciones que la desarrollen, por la Ley General Presupuestaria y por las demás disposiciones del ordenamiento jurídico que le resulten aplicables. En esta fecha, se encuentra pendiente de aprobación el Reglamento de desarrollo de la Ley de creación.

En lo que se refiere a la celebración de contratos y con el fin de garantizar el respeto a los principios establecidos en la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento General de Contratación del Estado, el Instituto aprobó las Normas de Procedimiento en materia de contratación que se adjuntan como Anexo del presente escrito.

Estas Normas de Procedimiento se vienen aplicando a todos los contratos que celebra el Instituto (excepto a los contratos laborales), con independencia de que el lugar de celebración y ejecución del contrato sea España o el extranjero, y de que la legislación aplicable al contrato sea o no la española.

Todos los contratos que viene celebrando el Instituto tienen carácter privado, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley de creación, antes citado, independientemente de cuál sea su objeto.

La entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, plantea la cuestión de su aplicación al Instituto Cervantes. El apartado 3º del artículo 1º de la Ley establece la obligación de que las entidades de Derecho público que reúnan determinados requisitos (entre las que se encuentra el Instituto Cervantes), ajusten su actividad contractual a la propia Ley.

Sin embargo, la Disposición Transitoria sexta de la Ley, en su párrafo 2º, establece que "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido

de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa".

Esta Institución viene entendiendo que, de acuerdo con la citada Disposición Transitoria sexta, continúan siendo aplicables las Normas de Procedimiento en materia de contratación internas, que respetan los principios de publicidad y libre concurrencia propias de la contratación administrativa, en tanto se produzca la incorporación al Derecho español de la Directiva 93/38/CEE. Mientras tanto se ha iniciado la revisión de dichas Normas internas para ajustarlas al contenido de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con el fin de poder confirmar esta interpretación acerca de la entrada en vigor de la Ley, así como de aclarar otras cuestiones relativas al propio alcance de la aplicación de la misma, se solicita informe de esa Junta Consultiva sobre los siguientes extremos:

1.- Si el Instituto Cervantes debe continuar rigiéndose en su actividad contractual por sus Normas de Procedimiento internas, en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE.

2.- Si, en el momento en el que la Ley le resulte de aplicación, todos los contratos que celebre el Instituto Cervantes (excepto los laborales) deben seguir teniendo carácter privado, de acuerdo con el artículo 2º de su Ley de creación, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por sus normas administrativas especiales y, supletoriamente, por la Ley 13/1995 y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado; o si, por el contrario, los contratos que celebre el Instituto Cervantes cuyo objeto sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que celebre excepcionalmente con personas físicas para realizar trabajos específicos y concretos no habituales, tienen en todo caso carácter administrativo por aplicación del artículo 5 de la Ley 13/1995, rigiéndose por dicha Ley incluso en cuanto a sus efectos y extinción.

3.- Si a los contratos que celebre el Instituto Cervantes de acuerdo con el artículo 117 de la Ley 13/1995, les serán de aplicación las mismas reglas que a los celebrados en España en cuanto a su carácter administrativo o privado. En este sentido, revestiría especial dificultad la calificación del contrato como administrativo en los casos en la que la legislación aplicable al contrato sea la extranjera."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente y que deben ser resueltas en orden sucesivo consisten en determinar si al Instituto Cervantes le resulta de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y, caso afirmativo, si se encontraría en el supuesto previsto en la disposición transitoria sexta, apartado 2, es decir, si la aplicación de la citada Ley 13/1995 queda aplazada hasta que se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE. En otro orden de cosas la consulta se centra en determinar si los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre el Instituto tienen la consideración, en todo caso, de contratos administrativos o, por el contrario, puedan conceptuarse como contratos privados al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y en determinar el carácter administrativo o privado de los contratos que se celebren en el extranjero, de conformidad con el artículo 117 de la citada Ley 13/1995.

2. La primera cuestión suscitada -la sujeción del Instituto Cervantes a la Ley 13/1995, de 18 de mayo-, no parece que plantee problema alguno, dado que incluso en el escrito de consulta se mantiene una solución afirmativa.

En efecto, del artículo 1 de la Ley citada resulta la exclusión de su ámbito de aplicación para las Entidades públicas, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil, carácter que evidentemente no tienen las necesidades que satisface el Instituto Cervantes, como claramente se desprende de la lectura de los artículos 3 y 4 de la Ley 7/1991, de 22 de marzo, de creación del Instituto Cervantes, expresando el primeramente citado que constituyen sus fines, en el apartado 1.a), el promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español y fomentar cuantas medidas y acciones contribuyan a su difusión y la mejora de la calidad de estas actividades y, en el apartado 1.b), contribuir a la difusión de la cultura en el exterior en coordinación con los demás órganos competentes de la Administración del Estado.

3. La conclusión anterior que no parece cuestionarse -la de que el Instituto Cervantes está sujeto a la Ley 13/1995, de 18 de mayo- obliga a examinar si, en particular, le resulta de aplicación la disposición transitoria sexta, apartado 2, en cuanto establece que "en tanto se produzca .... la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa"

Pretender ligar el contenido de este apartado a todas las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1, basándose en una interpretación méramente literal de la expresión utilizada en el indicado apartado es solución que debe quedar descartada, no sólo porque en el propio apartado existe otra expresión "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE" que desde un punto de vista literal permite colegir que la disposición transitoria sexta sólo se refiere a entidades que deben considerarse sujetas a la citada Directiva 93/38/CEE, sino porque aplicando los criterios de interpretación sistemática la única conclusión posible es la de considerar que el total contenido de la disposición transitoria sexta se está refiriendo exclusivamente a actividades en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el apartado primero referido a Administraciones Públicas y sus Organismos Autónomos y el segundo a los restantes Entes públicos sujetos a la Ley como comprendidos en su artículo 1, apartado 3. Desde un punto de vista finalista o teleológico, criterio de interpretación fundamental según el artículo 3.1 del Código Civil, hay que tener en cuenta que la finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta fue la de evitar que los Entes públicos operantes en los sectores indicados, no por tanto la totalidad de Entes públicos del artículo 1 apartado 3, quedasen sometidos a la Ley para en plazo necesariamente breve quedar sometidos a régimen contractual distinto y más flexible que es el que ha de recoger en su día la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE. Por lo demás esta finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta quedó suficientemente reflejada en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, ya que en versiones iniciales del mismo los Entes públicos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones figuraban en su artículo 1 como excluidos de la Ley hasta que por la finalidad pretendida de no alterar su régimen jurídico contractual, hasta la incorporación a la legislación española de la Directiva 93/38/CEE, la mención de estos Entes públicos pasó a su actual ubicación en la disposición transitoria sexta.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse que al Instituto Cervantes, por no operar en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las

telecomunicaciones, no le resulta de aplicación el contenido de la disposición transitoria sexta, apartado 2 de la Ley.

4. La tercera cuestión suscitada -la de si los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre el Instituto Cervantes han de considerarse en todo caso contratos administrativos o pueden conceptuarse como contratos privados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo-, ha de ser resuelta, como consecuencia de lo hasta aquí razonado, en favor de la tesis del carácter administrativo de los referidos contratos, pues resultaría absurdo sentar la conclusión de la sujeción a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, del Instituto Cervantes y proclamar la excepción para un tema tan esencial como el de determinar el carácter administrativo o privado de sus contratos. Lógicamente esta conclusión se deduce de la literalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 13/1995, dado que, afirmado que el Instituto Cervantes encaja en la definición del artículo 1 de la Ley, por esta sola circunstancia le resulta inaplicable el artículo 2 que expresamente se refiere en su apartado 1 a "las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior" y respecto de los contratos subvencionados a que se refiere su apartado 2, la razón de que no se utilice idéntica expresión radica en que su ámbito de aplicación subjetivo es más amplio que el de las entidades de derecho público no comprendidas en el artículo 1, al abarcar, y así debe ser entendido, también empresas privadas.

5. Por último se hace referencia en el escrito de consulta a las dificultades de aplicación del artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, si los contratos que celebre el Instituto Cervantes en el extranjero se califican de administrativos.

A juicio de esta Junta el carácter flexible con que está redactado el artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, con la finalidad precisamente de no producir choque con las legislaciones del país extranjero en el que se celebren y ejecuten, hace desaparecer las pretendidas dificultades con independencia del carácter administrativo o privado de los respectivos contratos.

En efecto el artículo 117 empieza por declarar que a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero se les aplicarán los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que en su aplicación puedan presentarse, además de aplicar las reglas que a continuación detalla, que persiguen la indicada finalidad de permitir la aplicación de la legislación nacional del país en que el contrato se celebre y ejecute, como son las relativas a capacidad de empresas, inexistencia de pliego, adjudicación por procedimiento negociado, formalización, garantías, pago del precio, cláusulas en favor de la Administración, modificaciones del contrato y resolución de discrepancias mediante fórmulas sencillas de arbitraje.

No obstante lo anterior, también hay que significar que la flexibilidad del artículo 117 queda atenuada para los contratos que se celebren y ejecuten en el territorio de los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea ya que para dichos contratos, cuando exceden de los límites señalados en los artículos 135, 178.2 y 204.2, el último párrafo del citado artículo 117 establece que deberán cumplirse las normas de la Ley referentes a la publicidad comunitaria y a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el Instituto Cervantes, Entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, está comprendido en el artículo 1 apartado 3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, al no tener carácter mercantil o industrial las necesidades de interés general para cuya satisfacción fue creado el Instituto por Ley 7/1991, de 21 de marzo.

2. Que al no operar el Instituto Cervantes en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones no le resulta de aplicación el contenido de

la disposición transitoria sexta apartado 2 de la Ley que hace referencia a Entidades públicas sometidas a la Directiva 93/38/CEE.

3. Que como consecuencia de la conclusión primera al Instituto Cervantes no le resulta de aplicación el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo que, precisamente, se refiere a contratos de Entidades no comprendidas en el artículo 1 y los contratos que celebre tendrán carácter de administrativos o privados de conformidad con los criterios generales de la Ley.

4. Que por su flexibilidad y adaptación a las legislaciones extranjeras el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable a contratos administrativos y privados, no puede suponer graves dificultades a la contratación en el extranjero del Instituto Cervantes, sin perjuicio de observar, para los contratos que se celebren y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo 117.

Informe 46/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Competencia de la Junta y cauce apropiado. Interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la contratación de trabajos de consultoría y asistencia.

ANTECEDENTES

Por la Directora General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"En relación con la contratación de asistencias, consultores y trabajos realizados por profesionales existen dudas de interpretación de la nueva Ley de Contratos. Hasta la entrada en vigor de dicha Ley ha sido posible contratar trabajos de asesoría técnica (estudios, informes, proyectos, dictámenes y otros de carácter eminentemente intelectual) con profesionales que, si bien tenían dada de alta su actividad profesional y podían demostrar que poseían los conocimientos y medios necesarios para realizar el trabajo, no constituían empresa.*
>
> *Ruego se emita informe acerca de si esta contratación es posible en la actualidad, entendiendo por nuestra parte que no se debería ir a soluciones restrictivas que supongan un trato discriminatorio de los profesionales frente a las empresas y que impidan la colaboración de profesionales especialista absolutamente necesaria para el buen desarrollo de las funciones de esta Dirección".*

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por la Directora General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo y 24 de octubre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991, después de enunciar las personas que en la Administración del Estado pueden solicitar informes a la Junta añade que igualmente pueden solicitarlos "los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales".

En consecuencia, al no formularse la consulta por el titular de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, de la Comunidad de Madrid, sino por la Directora General de Arquitectura y Vivienda de dicha Consejería, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por el titular de la Consejería o de otra Consejería de la Comunidad Autónoma, tal como establece el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. Sin perjuicio de lo anterior, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas observaciones en cuanto a la cuestión de fondo

que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse.

La cuestión concreta que se suscita es la de si, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, es posible seguir celebrando contratos de trabajos de asesoría técnica con profesionales (estudios, informes, proyectos, dictámenes y otros de carácter eminentemente intelectual).

Al haber agrupado el Título IV del Libro II de la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, los contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales y al haber configurado el contenido de estos últimos con carácter residual respecto a los anteriores, debe interpretarse, como lo ha hecho esta Junta en dos informes de 24 de octubre de 1995 (Expedientes 25/95 y 38/95), que actividades como las mencionadas en el escrito de consulta no pueden ser objeto de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales por constituir el objeto típico de los contratos de consultoría y asistencia, sin que exista obstáculo alguno para que éstos últimos se celebren con profesionales, lo cuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.1 de la Ley 13/1995 estarán exentos de clasificación, cuando por la cuantía del contrato resulte exigible, siempre que posean la titulación académica de enseñanza universitaria correspondiente al objeto del contrato y se encuentren inscritos en el correspondiente colegio profesional.

Informe 47/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Qué documentación deben presentar las empresas que teniendo su sede en el País Vasco deseen contratar con la Administración Central, a efectos de justificar que se encuentran al corriente de sus obligaciones tributarias.

ANTECEDENTES

Por el Director General del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

> *"Con ocasión de la adjudicación de un contrato para el mantenimiento de un centro del Instituto ubicado en Vizcaya, el abogado del Estado y la representante de la Intervención Delegada, vocales de la Mesa de Contratación de este Organismo, cuestionaron la validez de la certificación presentada por algunas empresas que tienen su sede en el País Vasco, expedida por el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Vizcaya en orden a justificar que están al corriente de pago en sus obligaciones fiscales. Según el criterio mantenido por ambos, la certificación que deben presentar dichas empresas ha de ser expedido por la Agencia Tributaria (incluso haciendo constar que no tienen obligación de tributar) dado que el contrato, aunque debe ejecutarse en Vizcaya, se celebra en Madrid y va a ser pagado por la Administración Central.*
>
> *Como quiera que el Abogado del Estado y la representante de la Intervención Delegada no mantienen el mismo punto de vista sobre si además de la certificación de la Agencia Tributaria debe exigírseles también certificación de las respectivas Diputaciones Forales, se eleva consulta a esa Junta sobre qué documentación deben presentar las empresas que teniendo sede en el País Vasco deseen contratar con la Administración Central, a efectos de justificar que se encuentran al corriente de sus obligaciones fiscales."*

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La cuestión concreta que se suscita en el presente expediente consiste en determinar la documentación exigible a las empresas con sede en el País Vasco en contratos celebrados por la Administración Central, a efectos de justificar que se encuentran al corriente de sus obligaciones tributarias, y, en particular, si la correspondiente certificación ha de ser expedida por la Agencia Estatal Tributaria y si, además, debe exigírseles certificación de las respectivas Diputaciones Forales.

2. Los textos legales que han regulado esta materia -Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril y Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas- no arrojan luz sobre cuestión suscitada, pues se limitan a considerar en situación de prohibición de contratar a las personas físicas o jurídicas que no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias (artículo 9.8 de la Ley de Contratos del Estado y 20.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y a establecer que el alcance de las prohibiciones de contratar se apreciará en la forma que reglamentariamente se determine (artículo 9, segundo párrafo de la Ley de Contratos del Estado y artículo 21.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Son por tanto normas reglamentarias las que perfilan que se entiende por estar al corriente de las obligaciones tributarias y la documentación acreditativa de tal circunstancia y, hasta tanto no se promulguen nuevas normas de tal carácter, hay que considerar vigentes las actuales en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto, por no incorporar esta última preceptos sobre qué se entiende por estar al corriente de las obligaciones tributarias y como se acredita esta circunstancia, difícilmente puede sostenerse que las normas reglamentarias anteriores a su vigencia se encuentren en contradicción con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. El Real Decreto 1462/1985, de 3 de julio, en su artículo 2 señala que, a efectos de la contratación administrativa, se entenderá que las empresas están al corriente de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurran las circunstancias de estar dado de alta en licencia fiscal, de haber presentado las declaraciones o documentos de ingreso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades de los pagos a cuenta o fraccionados o de las retenciones a cuenta de ambos y de los Impuestos sobre el Tráfico de las Empresas y sobre el Lujo y de haber presentado la relación anual de ingresos y pagos a que se refiere el Real Decreto 1913/1978, de 8 de julio. El artículo 3º señala que los documentos acreditativos de tales circunstancias, entre ellas las últimas declaraciones y documentos de ingreso, debían ser presentados por los adjudicatarios, debiendo aquí destacarse la modificación sustancial introducida por el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que exige tal justificación a todos los licitadores y no sólo al adjudicatario del contrato.

Con la esencial modificación de prescindir del Impuesto de Lujo y de sustituir la referencia al Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas, salvo en Canarias, Ceuta y Melilla donde continúa vigente, por la correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido, el artículo 23 ter introducido en el Reglamento General de Contratación del Estado por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, contiene un regulación sustancialmente idéntica a la del Real Decreto 1462/1985, de 3 de julio.

Las modificaciones que con posterioridad al Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, han afectado exclusivamente a ciertos conceptos impositivos (Impuesto sobre Actividades Económicas e Impuesto General Indirecto Canario) y a ciertas obligaciones formales (sustitución del Real Decreto 1913/1978, de 8 de julio por el Real Decreto 2529/1986, de 5 de diciembre sobre relación anual de ingresos y pagos), no han supuesto novedad alguna que pueda influir en la resolución de la cuestión suscitada.

4. Prescindiendo de la justificación del Impuesto sobre Actividades Económicas que, a los efectos se examinan, no suscita dificultad alguna, de la normativa reglamentaria reseñada se impone la consecuencia lógica de que solo podrá expedir la documentación justificativa de la circunstancia de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias la Administración competente para recaudar los tributos cuyo ingreso determina tal situación.

Tratándose de empresas con domicilio fiscal en el País Vasco hay que tener en cuenta que su Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, establece en su artículo 41 el régimen de Concierto Económico o Convenios para la relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco, señalando como uno de los principios a que ha de ajustarse el contenido del régimen de Concierto, el apartado 2 b) del citado artículo que "la exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección de todos los impuestos salvo lo que se integran en la Renta de Aduanas y los que actualmente se recaudan a través de Monopolios Fiscales, se efectuará dentro de cada Territorio Histórico, por las respectivas Diputaciones Forales, sin perjuicio de la colaboración con el Estado y su alta inspección."

En desarrollo de tal principio se promulga la Ley 13/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, modificada por la Ley 27/1990, de 26 de diciembre y por la Ley 11/1993, de 13 de diciembre, de la que se deducen los siguientes criterios:

- En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se tributa a la Administración donde se resida más de 183 días de cada año natural.

- En el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre el Valor Añadido se tributa a la Administración del domicilio fiscal cuando el volumen total de operaciones, en el ejercicio anterior, no hubiese excedido de 300 millones y si excediese a la Administración en cuyo territorio operen las empresas exclusivamente o caso de operar en distintos territorios (común y vasco) a las Administraciones respectivas, en proporción al volumen de operaciones efectuado en cada territorio.

Del enlace de estos criterios con el principio anteriormente enunciado de que la justificación de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias corresponde a la Administración competente para recaudar los correspondientes tributos se desprende que la documentación exigible a las empresas domiciliadas en el País Vasco dependerá de la Administración a la que resultan obligadas a tributar que, en consecuencia, puede ser la de la Diputación Foral respectiva o la de la Agencia Tributaria o la de ambas a la vez.

No obstante la regla anterior, por razones prácticas puede y debe admitirse que las empresas domiciliadas en el País Vasco, en el caso de tributar a una sola Administración, presenten la documentación correspondiente a esa Administración y, además, una declaración responsable de que no tributan a otra Administración, con lo que se concilia la exigencia del control de los órganos de contratación sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias con la necesaria exención de la obligación de presentar documentación innecesaria por parte de los licitadores en la contratación administrativa.

CONCLUSION

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de contratación Administrativa entiende:

1. Que para acreditar hallarse al corriente de las obligaciones tributarias, las empresas domiciliadas en el País Vasco habrán de presentar la documentación justificativa de este requisito expedida por la Administración o Administraciones a las que, en virtud de las reglas del Concierto entre el Estado y el País Vasco, les corresponda tributar.

2. Que para facilitar el cumplimiento del anterior requisito, las empresas obligadas a tributar a una sola Administración, deberán presentar la documentación justificativa de dicha Administración y, además, declaración responsable de no estar sujeta a tributación en la otra Administración.

Informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995. Otros informes. Modificación de contratos. Posibilidad de modificar un contrato vigente por mutuo acuerdo entre las partes.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Cuéllar se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Al amparo del artº 10 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, y artº 17 del Decreto 30/91, de 18 de Enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, vengo a solicitar informe sobre la siguiente cuestión:*
>
> *Se adjunta contrato y pliego de condiciones del Concurso convocado y adjudicado por este Ayuntamiento, para el "Acondicionamiento de la Plaza de Toros y Organización de los Tradicionales encierros de esta Villa".*
>
> *Se pregunta:*
>
> *Si se puede modificar el contrato vigente, de mutuo acuerdo entre las partes, de tal forma que el actual adjudicatario continúe con el "arrendamiento de la Plaza de toros" percibiéndose por la Administración Municipal el precio del arrendamiento y el Ayuntamiento se encargue de la "organización de los tradicionales encierros", percibiendo el contratista parte de la subvención recogida en la cláusula tercera del Pliego".*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo el pliego de condiciones jurídicas y económico administrativas que han de regir en el concurso para la adjudicación del arrendamiento de la plaza de toros y organización de los tradicionales encierros de Cuéllar y el documento de formalización del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de Cuéllar y D. Gustavo M. Postigo Santamaría en 7 de abril de 1995.

A efectos del presente informe, resulta procedente destacar los siguientes extremos de la documentación remitida:

a) La cláusula primera del pliego y segunda del contrato señalan como objeto del mismo el arrendamiento de la Plaza de Toros de Cuéllar, de propiedad municipal, para la celebración de los festejos taurinos y la organización de los tradicionales "Encierros" que, con motivo de las fiestas de Nuestra Señora del Rosario y San Miguel, anualmente tiene lugar.

b) La cláusula segunda del pliego y tercera del contrato fijan como precio del arrendamiento la cantidad de 325.000 pesetas anuales y como subvención por la organización de las fiestas y, especialmente de los tradicionales "encierros", la cantidad anual de 9.770.000 pesetas.

c) La cláusula novena, apartado 2 del pliego indica que el adjudicatario deberá aceptar toda clase de variaciones de detalle, que pudieran considerarse necesarias para la organización de los "encierros", tanto los que se produzcan en circunstancias normales y que no alteren el equilibrio económico, como las que se produzcan en casos de peligro, motivadas por razones de orden público o seguridad.

d) La cláusula decimocuarta del pliego atribuye al Ayuntamiento la prerrogativa de interpretar y resolver las dudas que ofrezca el cumplimiento del contrato y declara que los acuerdos que al efecto adopte serán inmediatamente ejecutivos sin

perjuicio del derecho del contratista de acudir a la vía jurisdiccional en el lugar donde la Corporación tiene su sede.

e) La cláusula decimoséptima del pliego y sexta del contrato declaran como normativa aplicable en lo no previsto en el pliego y en el contrato, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, la Ley de Contratos del Estado, el Reglamento General de Contratación del Estado, Texto Refundido de disposiciones legales en materia de Régimen Local, Reglamentos de Contratación y de Servicios de las Corporaciones Locales y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión suscitada -la posibilidad de modificar en contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Cuéllar y D. Gustavo M. Postigo Santamaría y que tiene por objeto el arrendamiento de la plazo de toros y la organización de los tradicionales "encierros" -conviene realizar algunas precisiones en cuanto a la naturaleza y régimen jurídico aplicable al contrato, por su posible incidencia en orden a la modificación que se intenta llevar a cabo.

Aunque en principio, por razón de su objeto, el contrato que se examina pudiera merecer el calificativo de contrato privado del Ayuntamiento, lo cierto es que el régimen jurídico determinado en el pliego y en el contrato puede inducir a cierta confusión, ya que sin distinguir entre la fase de adjudicación y la de efectos y extinción del contrato se cita como normativa aplicable al contrato la reguladora de la contratación del Estado y de la contratación de las Corporaciones Locales, reconociendo expresamente la facultad de interpretar el contrato (cláusula decimocuarta del pliego) exclusiva de los contratos administrativos.

Teniendo en cuenta que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos de los Entes que integran la Administración Local se regían fundamentalmente por la legislación de contratos del Estado, aplicable por razón de la fecha de la celebración del contrato, lo que resultaba de los artículos 5 y 88 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 111 a 125 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, la cuestión de la modificación del contrato debe ser resuelta mediante la aplicación de la indicada normativa, distinguiendo por la indicada confusión que puede producirse en relación a la naturaleza del contrato, la solución correcta en los contratos administrativos y en los contratos privados.

2. En orden a la modificación de los contratos administrativos la legislación de contratos del Estado (artículo 48 a 50 de la Ley de Contratos del Estado y artículos 146 a 155 del Reglamento General de Contratación del Estado) contempla la modificación como una prerrogativa o facultad unilateral de la Administración (como hace también la cláusula novena, apartado 2 del pliego en cuanto a variaciones de detalle), imponiendo límites y garantizando los derechos del contratista, sin que se ocupe de la modificación del contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, lo que no obsta para que esta modificación bilateral, ante el silencio del a legislación de contratos, deba ser admitida, aunque no sea más que como consecuencia del principio de libertad de pactos proclamado en el artículo 3 de la Ley de Contratos del Estado y actualmente en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Con mayores razones debe ser admitida la modificación de los contratos privados de la Administración, ya que rigiéndose en cuanto a sus efectos (en los que debe insertarse la modificación) y extinción por las normas del Derecho privado y basado éste en materia contractual en el principio de libertad de pactos, es obvio que, al amparo del mismo, resulta admisible una modificación por mutuo acuerdo del contrato celebrado, lo que, por otra parte, es la única posibilidad en este tipo de contratos, en los que no resulta concebible ni practicable una modificación unilateral.

Puede afirmarse, como conclusión, que la modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato resulta admisible, por aplicación del principio de libertad de pactos, tanto en los contratos administrativos, como en los privados, siendo contrario a la esencia de este último la modificación unilateral por uno de los contratantes.

3. La conclusión sentada en el apartado anterior no constituye obstáculo para que deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública.

Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce.

En el presente caso estos límites tienen que ser tenidos en cuenta, puesto que el objeto del contrato, consistente en el arrendamiento de la plaza de toros por lo que el arrendatario satisface la cantidad de 325.000 pesetas anuales y la organización de las fiestas y especialmente de los tradicionales "encierros" por lo que percibe una subvención de 9.770.000 pesetas anuales, queda reducido al primer aspecto, es decir al arrendamiento de la plaza de toros, pese a lo cual, según se manifiesta en el escrito de consulta, percibirá el contratista "parte de la subvención recogida en la cláusula tercera del Pliego". Entre tanto no se justifique en el expediente cual sea la parte de subvención a percibir por el adjudicatario y el concepto por el que la debe percibir, pese a no realizar la prestación que en el contrato la justificaba, debe mantenerse que se produce un enriquecimiento injusto para el adjudicatario y un perjuicio evidente para los licitadores del contrato que, de haber conocido la modificación que ahora se propone, hubieran modificado con toda probabilidad sus proposiciones.

Por tanto debe concluirse que, por no estar debidamente justificada debe desaparecer la condición de la modificación de que el contratista perciba parte de la subvención recogida en la cláusula tercera del pliego.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que resulta posible, tanto en los contratos administrativos, como privados de la Administración, la modificación bilateral o por mutuo consenso basada en el principio de libertad de pactos.

2. Que tal posibilidad debe ajustarse a los límites resultantes de los criterios y bases que motivaron la adjudicación en evitación de posibles perjuicios al resto de licitadores.

3. Que, en este sentido no parece justificado que corresponda al contratista percibir parte de la subvención a que se refiere la cláusula tercera del pliego.

Informe 50/95, de 7 de marzo de 1996. Otros contratos. Tarifas y honorarios. Tarifas y honorarios de arquitectos.

ANTECEDENTES

Por el Secretario General-Director de la Policía se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, aprueba las tarifas de honorarios de Arquitecto en trabajos de su profesión.

En general, en la realización de trabajos por Arquitectos, no funcionarios, para este Centro Directivo, se vienen aplicando habitualmente las tarifas I y X de edificación y de trabajos realizados para la Administración Pública, respectivamente. Eventualmente, y dependiendo de la tipología de los encargos, se ha aplicado también la tarifa II, de urbanismo.

Si bien en circunstancias normales la aplicación de las tarifas no conlleva problemática específica alguna, en determinados casos sí se suscitan o pueden suscitarse diferencias de criterios que, en definitiva, deben ser comunes tanto para el Organo Gestor como para la Oficina de Supervisión de Proyectos y la propia Intervención Delegada del Ministerio de Economía y Hacienda.

En este sentido se plantea a esa Junta Consultiva la cuestión de la tarifación de aquellos trabajos derivados de la redacción de proyectos reformados. Es habitual que los mencionados proyectos supongan un incremento, inferior al 20%, sobre el proyecto primitivo; pero es igualmente posible que los proyectos reformados sean méramente técnicos (incremento "0" pts.), o, inclusive, negativos (por cuantía inferior al proyecto primitivo).

Teniendo en cuenta que, en abundantes casos, las modificaciones al proyecto inicial, se realizan a petición de la propia Administración obligando al Arquitecto, al margen del presupuesto final, a la reelaboración, total o parcial, de un nuevo proyecto, no parece lógico que la tarifación se realice mediante la aplicación del coeficiente que resulte del apartado 1.8.1 al incremento de presupuesto que se produzca respecto al proyecto primitivo. Este criterio no sería válido para aquellos caso en los que se trate de un reformado técnico, o negativo, y, en resumen, no entra en lo fundamental de lo que debe ser la retribución de un trabajo profesional, no necesariamente reflejado en la variación económica del proyecto inicialmente redactado.

Si bien parece que podría se procedente la tarifación mediante la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1.12 del Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio (tarifación de documentos independientes), se somete al dictamen de la Junta Consultiva la clarificación de la normativa a aplicar en los casos anteriormente aludidos."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta, se desprende que la cuestión que se somete a consideración de la Junta es en esencia idéntica a la suscitada en el expediente 30/93, en el que se formulaba consulta sobre "si en el caso de proyecto reformado, cuyo resultado sea cero, el Arquitecto autor del proyecto debe percibir honorarios por esa redacción y, en caso afirmativo, el modo adecuado de cálculo, ya que la ejecución material no supone presupuesto adicional alguno respecto al proyecto inicial". Ello determina que las consideraciones que, a continuación se

realizan, constituyan prácticamente reproducción de las contenidas en el informe de esta Junta de 16 de febrero de 1994, recaído en el citado expediente 30/93.

2. La obligación de abonar honorarios al Arquitecto redactor de un proyecto modificado, cuyo presupuesto de ejecución no suponga alteración económica respecto al del proyecto inicial, que entonces se cuestionaba, la basaba esta Junta en la circunstancia de que la Administración había considerado necesario redactar un proyecto modificado, con lo que, obviamente queda modificada la prestación a realizar por el Arquitecto redactor del proyecto inicial, lo que, por aplicación de los principios generales de la contratación obliga a retribuir los trabajos a realizar no comprendidos en el objeto inicial del contrato celebrado, añadiéndose que "por otra parte, esta obligación de la Administración, con independencia de que pueda basarse en principios generales de la contratación, tiene su reflejo en normas positivas cual es la contenida en el apartado 0.6 de las normas generales de las tarifas de honorarios de los Arquitectos en trabajos de su profesión, aprobadas por Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, modificado por el Real Decreto 2356/1986, de 4 de diciembre y por el Real Decreto 84/1990, de 19 de enero, a cuyo tenor cuando por circunstancias ajenas y no imputables a la actuación del Arquitecto varíen las condiciones esenciales del trabajo, de modo tal que se exija la modificación sustancial de alguno o algunos documentos de un trabajo ya elaborado o en fase avanzada de elaboración, aquél o aquéllos se tarifarán aparte, de acuerdo con los porcentajes que se indican en la tarifa correspondiente sin que sea necesario extenderse en especiales razonamientos para determinar la concurrencia, en el presente caso, de los presupuestos de hecho que determinan su aplicación", pudiendo extenderse esta última observación al caso presente, dado que se trata, en abundantes casos, como se consigna en el escrito de consulta, de proyectos reformados cuyas "modificaciones al proyecto inicial se realizan a petición de la propia Administración, obligando al Arquitecto, al margen del presupuesto final a la reelaboración, total o parcial, de un nuevo proyecto".
En el citado informe de esta Junta de 16 de febrero de 1994 se aducía que la solución sería más clara en el supuesto improbable de que, por negativa del Arquitecto redactor del proyecto inicial, hubiera que encargar el proyecto modificado a otro Arquitecto, ya que sería impensable que este último redactase el proyecto modificado sin cobrar honorarios, lo que, en definitiva, sería contrario al concepto mismo del contrato administrativo en el que, a la prestación del contratista (obra, suministro o servicio en sentido amplio), le debe corresponder el pago de un precio por parte de la Administración.

3. Con la consideración anterior se entra de lleno en lo que propiamente constituye el objeto de la presente consulta consistente en determinar el modo concreto de aplicar las tarifas de honorarios a estos supuestos de proyectos reformados con incremento cero o negativo respecto al proyecto primitivo, cuestión que también era resuelta en el informe de esta Junta de 16 de febrero de 1994 con criterio que, en definitiva consistía en aplicar, como se propugna en el escrito de consulta, el apartado 1.12 del Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, al afirmar que "al establecer el apartado 0.6 de las normas generales de las tarifas oficiales aprobadas por Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, la tarifación independiente de las modificaciones y resultar aplicable la tarifa V a aquellos trabajos que por sus características específicas permiten el cálculo de los honorarios correspondientes, sin necesidad de tarifar por analogía y estableciendo, además, que los honorarios correspondientes a proyecto y dirección se obtendrán en función del presupuesto de ejecución material y que cuando el trabajo se desarrolle en fases, los honorarios totales se desglosarán por convenio. La interpretación conjunta de estas normas -se añadía- conduce a la conclusión de que, tomando como base el presupuesto del proyecto inicial éste ha de servir al cálculo de honorarios correspondiente al proyecto modificado, pero circunscribiéndolo exclusivamente a los documentos que se modifican, cuya determinación concreta

deberá quedar debidamente acreditada en el expediente, sin que, por el contrario, exista elemento interpretativo alguno que conduzca a la conclusión de que, en el supuesto de modificaciones del proyecto, la base de cálculo de los honorarios deba fijarse en la diferencia económica entre el importe del presupuesto del proyecto inicial y el presupuesto del proyecto modificado".

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende, reiterando el criterio expuesto en su anterior informe, de 16 de febrero de 1994, que en el supuesto de proyecto modificado, cuando la modificación no suponga incremento respecto del proyecto inicial, el cálculo de honorarios del Arquitecto redactor del proyecto modificado debe hacerse partiendo del presupuesto de ejecución material del proyecto inicial, circunscribiéndolo, por aplicación del apartado 1.12 de las tarifas reguladas en el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, a los documentos que se modifican, cuya determinación concreta deberá realizarse en el expediente.

Informe 2/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. I.V.A. Error en la aplicación del tipo impositivo del I.V.A.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde de Cangas de Narcea (Asturias) se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que expone los siguientes antecedentes que sirven para enmarcar la cuestión que se somete a esta Junta:

1º - El Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el 27-3-90, acordó adjudicar el servicio municipal de limpieza viaria de Cangas del Narcea a la Empresa LIVINAR, S.L. por el precio de 5.000.000 de pts., I.V.A. incluido, con arreglo al Pliego de condiciones económico-administrativas (1ª; Fase). En fecha 2-4-90 se suscribió el correspondiente contrato administrativo, con un período de vigencia de tres años, por el total ofertado de 5.000.000 de pts./año, I.V.a. incluido, y con derecho a un incremento equivalente al IPC de cada año en los años siguientes y hasta cumplir el período de vigencia del mismo.

El Ayuntamiento Pleno, en su sesión de fecha 31-7.90, acordó convocar de nuevo concurso para la adjudicación del servicio de limpieza viaria de la villa de Cangas del Narcea, aprobando el Pliego de condiciones económico-administrativas que servirían de base a dicho concurso (2ª; Fase). En fecha de 8-10-90, la Mesa de Contratación informó favorablemente la propuesta económica presentada al efecto por la Empresa LIVINAR, S.L. Posteriormente se adjudicó el servicio en esta fase a la misma Empresa y se suscribió el oportuno contrato, con una duración de tres años, prorrogable por períodos iguales de tiempo de forma automática, siempre que ninguna de las partes comunicara a la otra su voluntad de rescindir el contrato, con una antelación mínima de tres meses. El precio de la prestación en esta fase asciende a la cantidad de 7.110.000 pts., I.V.A. incluido. Este importe se vería incrementado a partir del segundo año de servicio y siguientes de vigencia del contrato en el valor equivalente al IPC legal de cada año, previa solicitud de la Empresa adjudicataria del servicio.

2º - Desde el momento de la adjudicación del servicio de limpieza viaria, la Empresa facturó al Ayuntamiento aplicando un tipo de I.V.A. incorrecto -el 12%-, cuando el tipo vigente en el ejercicio de 1.990 correspondiente a la actividad referenciada era del 6%.

La empresa LIVINAR, S.L. continuó facturando incorrectamente y el Ayuntamiento soportando ese I.V.A. de forma inadecuada hasta 31/12/94, puesto que, hasta ese momento, ninguna de las partes se había percatado del error.

3º - A raíz de Enero/95, la Empresa adjudicataria del servicio de limpieza viaria de Cangas del Narcea se percató del error en la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido y automáticamente modificó la base imponible de sus facturas, adecuándola al tipo correcto de IVA para el presente ejercicio, que es el 7%, esto es incrementándola para que el líquido a percibir fuera el mismo que le venía abonando el Ayuntamiento, justificando esta actuación en el hecho de que la prestación de los contratos supone: una cantidad, I.V.A. incluido.

4º - En fecha 1-2-95 la Empresa LIVINAR, S.L. solicitó ante la Administración de la Agencia Tributaria en Cangas del Narcea la "devolución de ingresos indebidos por el concepto IVA desde Abril/90 hasta Diciembre/94, ambos inclusive".

La Agencia Tributaria -Administración de Cangas del Narcea- resolvió favorablemente en fecha 27-2-95 la reclamación interpuesta y procedió a la

devolución del ingreso indebido en la cantidad de 4.996.020 pts. (fecha ingreso: 24-4-95) a favor del Ilmo. Ayuntamiento de Cangas del Narcea por haber sido éste quien había soportado la repercusión del Impuesto (en virtud del art. 9 del Real decreto 1163/1990, regulador del procedimiento para la realización de Devoluciones de Ingresos Indebidos de naturaleza tributaria).

5º - En la fecha de 25-10-95 la Administradora de la Empresa LIVINAR, S.L., a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 9 del Real Decreto 2402/85, de 18 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1624/92, de 29 de diciembre, solicita al Ayuntamiento la admisión de las facturas rectificadas de los ejercicios 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994, con la referencia "R" colocada después del número de factura correspondiente. La rectificación efectuada consiste en la modificación de la base imponible para que, añadiendo el tipo de IVA correcto y vigente en cada ejercicio, la cantidad resultante de la factura se la misma. Con este acto, se supone que lo que se pretenderá posteriormente sea la percepción de la cantidad que la Agencia Estatal de Administración Tributaria abonó al Ayuntamiento.

6º - Por escrito de fecha 25-10-95, registro de entrada 5432/26.10.95, la Administradora de la Empresa LIVINAR, S.L. solicita, "con el fin de regularizar la situación legal contractual existente y en evitación de cualquier tipo de responsabilidad fiscal o de otra índole que pudiera surgir se sirva fijar, por parte del Ayuntamiento, la fecha para detallar en los contratos referenciados de 2-4-90 y 30-11-90, unificados, la correspondiente diligencia de acomodar los mismos al tipo impositivo vigente en cada momento, en relación al concepto Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), respetando el precio cierto de contrato y que es el de adjudicación menos la cuota del IVA calculada al tipo vigente en el momento de adjudicación del contrato".

7º - Los incrementos del IPC a lo largo de los años de vigencia de los contratos se aplicaron sobre las bases imponibles de las facturas."

2º - De acuerdo con los anteriores hechos se formulan las siguientes consultas:

"1ª; - Si se considera precio de la prestación, a efectos de incrementos de IPC aplicados a años vencidos, la base imponible de la primitiva factura, ¿Puede la Empresa adjudicataria del Servicio Municipal de limpieza viaria de Cangas del Narcea variar en sus facturas la base imponible, al percatarse del error sufrido después de transcurridos más de 4 años en la aplicación del tipo impositivo de IVA?

2ª; - ¿Procedería una revisión de los diferentes contratos suscritos, a la baja?. De otra manera, el Ayuntamiento considera, en primer término, que una Empresa privada se estaría ***enriqueciendo injustamente*** *con fondos públicos y, en segundo lugar, que, aunque el caso concreto que se plantea no figure regulado específicamente en la legislación vigente, procedería una revisión de los contratos de forma que, manteniendo la base imponible de la primitiva facturación que se supone sirvió de base para la proposición económica que la Empresa hizo en su momento y, aplicando el tipo vigente de IVA en cada ejercicio, la cantidad resultante en factura sería inferior".*

3º - A efectos de comprobante y justificación de los datos expuestos se acompañan copias de diversos documentos que se relacionan en 21 apartados.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en analizar si el Ayuntamiento de Cangas de Narcea debe abonar alguna cantidad a la Empresa

"Livinar, S.L." como consecuencia del erróneo cálculo del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido en las facturas expedidas por la citada Empresa hasta 31 de diciembre de 1994, en ejecución del contrato adjudicado para la prestación del servicio de limpieza viaria y como consecuencia de que la Agencia Tributaria-Administración de Cangas de Narcea acordó y procedió a devolver al Ayuntamiento la cantidad de 4.996.020 pesetas por haber soportado la repercusión del Impuesto erróneamente calculado.

2. La solución a la cuestión suscitada -la de si el Ayuntamiento de Cangas de Narcea debe abonar alguna cantidad a la Empresa "Livinar, S.L." como consecuencia de la devolución del exceso del Impuesto sobre el Valor Añadido, indebidamente ingresado- debe obtenerse analizando, desde un punto de vista contractual, la obligación de pago por parte de la Administración y el modo en que ha sido cumplida, pues constituye un principio general en materia de contratos, tanto públicos como privados, que los contratos obligan a cumplir lo expresamente pactado, tal como de manera expresa preceptúa el artículo 1.258 del Código Civil).

A tal respecto hay que tener en cuenta que el artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 2.028/1985, de 30 de octubre establece que "en las entregas de bienes y prestaciones de Servicios al Estado y sus Organismos autónomos, a las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se entenderá siempre que los sujetos pasivos del Impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales,han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido. Si se aplica el precepto transcrito al supuesto de hecho contemplado se concluye que el Ayuntamiento de Cangas de Narcea tuvo que abonar a la Empresa "Livinar, S.L." el importe del precio pactado, en el que estaba incluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que sí hubo un exceso en tal ingreso, posteriormente devuelto, hay que concluir que dicho exceso corresponde a la Empresa "Livinar, S.L." aunque sólo sea por el razonamiento lógico de que si el cálculo erróneo contrastado no se hubiera producido, la Empresa contratista hubiera percibido, en cumplimiento de lo pactado y por aplicación del citado artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, el importe del precio del contrato incrementado en el exceso del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, lo que, además, se confirma por la circunstancia de que la oferta de la empresa adjudicataria, según informa el Ayuntamiento no desglosaba cantidad específica por el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Frente a tal conclusión no pueden prevalecer el argumento de que la cantidad correspondiente fue devuelta por la Agencia Tributaria-Administración de Cangas de Narcea al Ayuntamiento y no a la Empresa "Livinar, S.L.", pues ello fue debido, como se afirma en el acuerdo de dicha Administración, a lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1163/1990, regulador del procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos que señala que las cuotas repercutidas por Impuesto sobre el Valor Añadido serán devueltas a la persona o entidad que haya soportado la repercusión, sin que ello prejuzgue -añadimos- el derecho definitivo a percibir la cantidad devuelta, debiendo destacarse como dato de hecho significativo que la devolución se solicitó por la Empresa Livinar, S.L. y no por el Ayuntamiento de Cangas de Narcea. Tampoco debe prevalecer, por referirse a supuestos totalmente distintos, la argumentación utilizada por esta Junta, entre otros en el informe de 27 de febrero de 1992 (Expediente 4/92) para sostener que el incremento del tipo impositivo del citado Impuesto tiene que ser satisfecho por la Administración al contratista pues se trataba de supuestos de incremento legal de tipo, diferente a un cálculo, erróneo y contrastado, del citado tipo que, por esta razón ha dado lugar a una devolución de ingresos indebidos.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las cantidades devueltas al Ayuntamiento de Cangas de Narcea por la Administración de la Agencia Tributaria en el citado municipio, por error en el tipo aplicado en el Impuesto sobre el Valor Añadido, corresponde percibirlas a la Empresa "Livinar, S.L.".

Informe 5/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Carácter de los contratos para la prestación de servicios o actividades susceptibles de explotación económica que se consideran de interés y necesarias para los miembros de la comunidad universitaria.

ANTECEDENTES

Por el Rector de la Universidad Autónoma de Madrid se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Hasta fechas recientes, esta Universidad ha venido instrumentando sus relaciones con particulares, para la prestación de servicios o actividades susceptibles de explotación económica que se consideran de interés y, en cierto modo, necesarias para los miembros de la comunidad universitaria, tales como: servicios de cafetería y restauración, actividades de librería, actividades de venta de artículos deportivos, actividades de explotación de instalaciones deportivas (piscina) etc., mediante contratos administrativos de carácter especial, en aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 4.2 de la derogada Ley de Contratos del Estado que atribuía naturaleza administrativa especial a los contratos innominados, siempre que su objeto estuviera vinculado al servicio público o se considerase que por sus características fuese necesaria una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

Las características principales de los referidos contratos son las siguientes:

- El objeto de tales contratos es el desarrollo de una actividad, susceptible de explotación económica por particulares contratistas.

- Dichas actividades se llevan a cabo en determinadas instalaciones o locales demaniales de la Universidad, habilitados al efecto para la prestación de tales servicios o actividades.

Los usuarios de tales servicios o destinatarios de dichas actividades son los miembros de la comunidad universitaria (alumnos, profesores y personal de administración y servicios), no la Universidad en cuanto Entidad pública, quienes abonan los precios de los servicios o productos adquiridos, fijados contractualmente por la Universidad.

Tales contratos no son financiados por la Universidad en cuanto ésta, como tal, no es perceptora o usuaria de las prestaciones objeto de los mismos. Al contrario, la Universidad percibe un canon para la explotación de tales actividades en los locales e instalaciones de la que es titular, en cuanto se tratan de bienes que tienen carácter de demaniales, por estar afectados al servicio público de la educación superior.

Tales contratos se adjudican por concurso público y se rigen por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que se aprueban al efecto y subsidiariamente, en defecto de normas específicas que los regulen por las disposiciones que sean aplicables del contrato de gestión de servicios públicos, en cuanto dichas disposiciones son más adecuadas para la contratación de tales actividades susceptibles de explotación económica por los particulares.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación que en el art. 5 b) de la misma se hace de los contratos administrativos especiales, que los caracteriza

como aquéllos cuyo objeto es distinto a los nominados "pero que tienen 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 aquélla o por declararlo así una Ley", surgen serias dudas sobre la posible naturaleza administrativa de tales contratos, en cuanto que, por su objeto, resultaría muy forzado considerarlos vinculados a las actividades o funciones específicas de la Universidad (la docencia, el estudio y la investigación), y menos aún para satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla (el servicio público de la educación superior), tal como exige el mencionado art. 5.b) de la expresada Ley para considerar a tales contratos de naturaleza administrativa.

Por todo ello, se solicita informe de ese Órgano consultivo respecto al asunto planteado, solicitando que se nos indique si los futuros contratos a celebrar, de tales características, deben instrumentarse como contrato de naturaleza privada, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o sería más adecuado adjudicar una concesión demanial, previo concurso celebrado al efecto, para la explotación de tales actividades en las dependencias universitarias, que se regularían mediante el correspondiente documento de otorgamiento de la concesión".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión suscitada en el escrito de consulta del Rector de la Universidad Autónoma de Madrid conviene precisar que, aunque la misma pretende enlazarse con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, idéntico tratamiento y solución debía recibir con arreglo a la legislación de contratos del Estado, derogada en parte, ya que la caracterización y la determinación de normas aplicables a los contratos administrativos tipo (obras, gestión de servicios públicos, suministro, asistencia con empresas consultoras y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales), a los restantes contratos administrativos denominados especiales y a los contratos privados de la Administración no han sido modificadas, más que en aspectos de detalle, y en la utilización de distintas expresiones para caracterizar a los contratos administrativos especiales por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual, por otra parte, como es obvio, no ha introducido, ni podía introducir, modificación alguna en el régimen jurídico de las concesiones demaniales que escapan a su regulación concreta.

2. Sentado lo anterior, resulta perfectamente aplicable a lo que en el escrito de consulta se caracterizan como prestación de servicios o actividades susceptibles de explotación económica la doctrina de esta Junta en cuanto a la explotación de los servicios de cafetería y comedor de las Administraciones Públicas.

En el informe de 10 de julio de 1991 (Expediente 14/91) esta Junta manifestaba lo siguiente:

"- Ante todo, debe precisarse que, tal como se desprende del escrito de consulta, con la expresión "servicios de cafetería y comedor" se está aludiendo al tipo de contratos, en los que la Administración, sin pagar precio por los mismos, contrata la prestación de estos servicios en favor de usuarios distintos de la propia Administración, como pueden ser por ejemplo, funcionarios, estudiantes, o público en general, dado que si el objeto del contrato es una prestación que se realiza a la propia Administración, con la contraprestación por parte de ésta del pago de un precio, el contrato entra de lleno en el concepto de los de servicios regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y sus disposiciones complementarias, sin que,

en consecuencia, para éste último tipo de contratos existan dificultades en la determinación de su régimen jurídico.

- Por el contrario, es debatida la naturaleza jurídica de los denominados contratos de prestación de servicios de cafetería y comedor, cuya calificación depende fundamentalmente de su contenido contractual. Así esta propia Junta, en su informe de 25 de septiembre de 1964 (Expediente 79/1964) mantuvo el criterio de que el servicio de cafetería instalado en el edificio de un Ministerio no es un servicio público y que el contrato para su explotación es de derecho privado, y la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado (informe de 30 de abril de 1979, reiterado el 29 de septiembre de 1983 y el 12 de junio de 1984) manteniendo igualmente el carácter de derecho privado de estos contratos, sostuvo que se trataba de una figura contractual compleja, en la que, por una parte, existen los elementos de un contrato de arrendamiento de cosas (cesión, mediante precio, del uso de un local) y, por otra, los propios de contratos de gestión de servicios (el cesionario del local se obliga a prestar en el mismo el servicio de cafetería con sujeción a los precios y demás condiciones que fija la Administración).

- Por ello como primera conclusión de este informe puede sentarse la de que los contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor no son propios contratos de servicios de los regulados en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sin que, en consecuencia lo sean de aplicación directa las normas contenidas en dicho Decreto y sus disposiciones complementarias.

- Con la conclusión negativa sentada queda pendiente, sin embargo, la de perfilar el régimen jurídico aplicable a estos contratos, a cuyo efecto, debe afirmarse, como lo hizo esta Junta en su informe de 28 de febrero de 1985 (Expediente 10/1985) que resulta indiferente la naturaleza jurídica de la relación contractual, pues según resulta del artículo 4 de la vigente y de Contratos del Estado, ya se trate de contratos administrativos especiales, ya se trate de contratos privados, en cuanto a su preparación y adjudicación se regirán por sus normas administrativas especiales, en este caso inexistentes, y, en su defecto y por analogía, por las normas de la legislación de contratos relativos a los contratos administrativos típicos, es decir, los de obras, gestión de servicios públicos, suministros, con empresas consultoras y de servicios y para trabajos específicos y concretos, no habituales, pues a éstos dos últimos tipos de contratos debe entenderse hecha también la referencia del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, aunque, obviamente, por su rango y por su fecha, no pudo comprender ni el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, ni el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio.

- Resulta por tanto, que las normas del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y disposiciones complementarias, así como las relativas al resto de contratos administrativos serán aplicables, al menos en cuanto a su preparación y adjudicación, a los contratos para la prestación de servicios de comedor y cafetería, pero esta aplicación, por dicción, expresa del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, es puramente analógica, lo que excluye la de aquellas normas concretas incompatibles con la naturaleza de estos contratos, como son las que se citan en el escrito de consulta, especialmente, las relativas a clasificación de contratistas a las que posteriormente se aludirá.

- Resulta superfluo indicar que, en cuanto a sus efectos y extinción, el sometimiento de estos contratos a régimen de Derecho privado o de Derecho administrativo,, dependerá del criterio que se mantenga acerca de su naturaleza jurídica, que, como hemos indicado, dependerá esencialmente del contenido de cada contrato".

Después de resaltar que los criterios expuestos habían sido tenidos en cuenta en la modificación de la normativa sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios (Orden de 30 de enero de 1991 y Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 10 de mayo de 1991 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 18 de junio de 1991) el citado informe de 10 de julio de 1991 sentaba la conclusión de que los contratos que celebre la Administración para la prestación de servicios denominados de cafetería y comedor, en los que no se abona precio por la misma, no son contratos regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, cuyas normas, a falta de otras especiales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de estos contratos, en cuanto a su preparación y adjudicación se regirán por las normas de la legislación de contratos del Estado, relativas a los restantes contratos administrativos.
Sustituyendo la cita del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por la del Título IV, Libro II de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y generalizando los razonamientos relativos a los contratos de cafetería y comedor a los restantes servicios y actividades que se enumeran en el escrito de consulta se puede sentar como conclusión que, igual que en la legislación anterior, al amparo de la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, dichos servicios y actividades pueden articularse a través de verdaderos contratos que, independientemente de su naturaleza jurídica, habrán de regirse por las normas relativas a los restantes contratos administrativos, en cuanto a su preparación y adjudicación.
3. Expuesto lo anterior, hay que entrar en el examen del alcance que, respecto a la legislación anterior, tiene la nueva caracterización de los contratos administrativos especiales, ya que si bien el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 7 del Reglamento General de Contratación del Estado consideraban contratos administrativos especiales aquellos declarados de tal carácter por una Ley, los directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o lo que revistiesen características intrínsecas que hiciesen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera de tal carácter -administrativo especial- los declarados por una Ley, los vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante y los que satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración, la diferencia, si existe, es para ampliar el campo de los contratos administrativos especiales, pues la "vinculación" al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate.
En este sentido es perfectamente mantenible, después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, el criterio expresado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 que, respecto a un contrato para la prestación del servicio de cafetería en una Residencia sanitaria, descarta su calificación como contrato privado y lo califica como administrativo en base a que la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa se refiere a contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica "cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia" destacando, por otra parte, el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la antigua Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, que se acepta por el Tribunal Supremo que "es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato -no de su objeto- afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo".
En definitiva, como conclusión de este apartado puede afirmarse que las nuevas expresiones utilizadas en el artículo 5. 2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar los contratos administrativos especiales,

por su amplitud, de conformidad con las tendencias doctrinales y jurisprudenciales más significativas, no permiten por la sola circunstancia de su nueva redacción, excluir del concepto de contrato administrativo especial a los que tengan por objeto los servicios y actividades a que se refiere el escrito de consulta, en particular, los servicios de cafetería y comedor.

4. Para finalizar el examen de la cuestión suscitada debe aludirse a la posibilidad expresamente consignada en el escrito de consulta de utilizar la figura de la concesión demanial para la prestación de los servicios y actividades que se consignan. Aunque en términos generales esta Junta entiende que no puede ser descartada la figura de la concesión demanial, también entiende que, por su propio concepto, debe limitarse a aquellos supuestos en que se produce exclusivamente la cesión del local o del espacio de dominio público para que las instalaciones o construcción que realice el concesionario reviertan, al extinguirse la concesión, a la Administración contratante, pero que no puede aplicarse a supuestos en que, como se indica en el escrito de consulta, las instalaciones o locales demaniales están "habilitados al efecto para la prestación de tales servicios o actividades", pues en estos casos se trata de algo más que la cesión de un local o espacio de dominio público, que debe articularse a través de la figura del contrato y no de la concesión demanial. En todo caso la concesión demanial no quedaría sujeta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino a las normas específicas que la regulan.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que reiterando criterios de anteriores, informes, considera que los servicios de cafetería y comedor, en general los enumerados en el escrito de consulta, deben ser concertados por la Universidad a través de contratos que, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se regirán por las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos administrativos, en cuanto a su preparación y adjudicación.

2. Que las nuevas expresiones utilizadas por el artículo 5.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar a los contratos administrativos especiales, por su amplitud, no suponen obstáculo a la caracterización como tales de los contratos que tengan por objeto los servicios de cafetería y comedor y, en general, los consignados en el escrito de consulta.

3. Que la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino su normativa específica.

Informe 7/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Otros contratos. Aplicación supletoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la tramitación de expedientes de contratación patrimonial como arrendamientos y adquisiciones onerosas de bienes inmuebles.

ANTECEDENTES

Por el Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que se plantea la cuestión surgida en la Dirección General de Patrimonio y Contratación dependiente de dicha Consejería en los siguientes términos:

"Esta Dirección General de Patrimonio y Contratación, a fin de agilizar la tramitación de los expedientes de contratación patrimonial más comunes como son los arrendamientos y adquisiciones onerosas de bienes inmuebles, ha decidido, al igual que en materia de contratación administrativa a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, elaborar y aprobar mediante la normativa legal que proceda (Decreto u Orden Departamental) Pliegos-tipo de contratación patrimonial de arrendamientos y adquisiciones onerosas por compraventa.

En este momento se está trabajando sobre ello pero ha surgido una duda que dada la reciente entrada en vigor y por lo tanto rodaje, aparte de lo problemática que de por sí resulta, de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, no hemos podido disipar.

La cuestión estriba en que nuestra legislación establece dos procedimientos para concertar aquellos contratos: concursos y adjudicaciones directas, existiendo una remisión con carácter de supletoriedad a la legislación de contratos para todo aquello que no está regulado en la legislación especial.

Pues bien, el Reglamento de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias regula extensivamente el procedimiento del concurso y señala que excepcionalmente el titular de este Departamento podrá autorizar adjudicaciones directas por razones de urgencia, limitaciones del mercado inmobiliario o singularidad de la necesidad a satisfacer (es decir se trata de tres supuestos perfectamente tasados).

Con la entrada en vigor de la Ley 13/1995 antes dicha y la remisión supletoria la legislación de contratación administrativa, tenemos la duda de si la adjudicación directa es ahora lo que se denomina procedimiento negociado, con todo lo que ello reporta, o por el contrario, se sigue aplicando la legislación especial de Patrimonio, autorizando la adjudicación el Consejero cuando se justifique en el expediente la concurrencia de alguno de los requisitos tasados, no teniendo que constituir mesa de contratación y seguir los pasos del procedimiento negociado.

En base a lo anterior, en consideración de ese órgano colegiado como supremo órgano consultivo del Estado en materia de contratación administrativa, y a fin de conocer el criterio de esa Junta que nos pueda dar luz para resolver la duda planteada, esta Dirección General se dirige a V.I. a fin de solicitar su colaboración en cuanto a la información de cuáles son los criterios entiende deben aplicarse en relación con el asunto anteriormente planteado".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar el régimen jurídico de los contratos patrimoniales celebrados por la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias y, más en concreto, si los supuestos de adjudicación directa previstos en el Reglamento de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias les resultan o no de aplicación los preceptos que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establece para la utilización del procedimiento negociado.

2. Con toda claridad el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que tiene la consideración de básico y, en consecuencia, aplicable a todas las Administraciones Públicas, establece en su apartado 1 que "los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso".

De este precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta que la remisión a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, en este caso, a la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma de Canarias, es completa, sin restricción alguna, por lo que debe concluirse que la solución al problema planteado debe hallarse en la propia legislación de la Comunidad Autónoma, pues si en esta última se contuviera una regulación de los contratos patrimoniales sin remisiones a ninguna otra norma sería ocioso plantearse si a los citados contratos patrimoniales les resulta de aplicación las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referentes a la utilización del procedimiento negociado.

3. Los artículos 30 y 31 de la Ley 8/1987, de 28 de abril, del Parlamento de Canarias, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, establecen que la adquisición a título oneroso de los bienes inmuebles que la Comunidad Autónoma precise para el cumplimiento de sus fines, cualquiera que sea su cuantía, se acordará por la Consejería de Hacienda (hoy de Economía y Hacienda); que dicha adquisición exigirá el cumplimiento de las reglas de publicidad y concurrencia previstas en las normas reguladoras de la contratación administrativa, con las peculiaridades derivadas de la organización propia de la Comunidad Autónoma de Canarias; que la adquisición se llevará a cabo mediante concurso público; que podrá prescindirse del trámite de concurso y autorizarse la adquisición directa por la Consejería de Economía y Hacienda, cuando así lo requieran la singularidad de la necesidad a satisfacer, la extrema urgencia de la adquisición o las limitaciones del mercado inmobiliario de la localidad en que estén sitos; que la concurrencia de cualquiera de estos supuestos habrá de ser objeto de declaración expresa por el Consejero de Economía y Hacienda; que, en estos casos de adquisición directa, se solicitarán, siempre que sea posible, como mínimo tres ofertas, y que los arrendamientos de bienes inmuebles necesarios para las finalidades de la Comunidad Autónoma de Canarias serán concertados mediante concurso público o adjudicación directa en los términos previstos en el artículo 30, que han quedado reseñados.

Por su parte, el Reglamento para la aplicación de la Ley, aprobado por el Decreto del Gobierno Canario 133/1988, de 22 de septiembre, aparte de reiterar determinados aspectos de las normas de la Ley, viene a establecer en su artículo 75 que en defecto de las normas contenidas en el artículo anterior (referente a la adquisición directa de inmuebles) "serán de aplicación las disposiciones reguladoras de la contratación administrativa, las cuales tendrán siempre carácter supletorio".

A la vista de los reseñados preceptos y dada la identidad sustancial existen en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas entre el denominado por primera vez "procedimiento negociado" y la antigua "contratación a adquisición directa" la cuestión suscitada se resuelve en determinar qué aspectos de las adquisiciones directas de bienes inmuebles (arrendamientos y adquisiciones directas) por la Comunidad de Canarias se rigen íntegramente por su legislación patrimonial y en qué aspectos pueden entrar, con carácter supletorio las prescripciones de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 del Reglamento de 22 de septiembre de 1988.

4. Aparte de los aspectos organizativos de la contratación, en los que la disposición final primera, apartado 2, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas reconoce plena competencia a las Comunidades Autónomas, competencia que obviamente se extiende a los contratos patrimoniales, la legislación canaria contiene una regulación expresa de los supuestos en que se puede prescindir del concurso y acudir a la adquisición directa (procedimiento negociado) y de la regla de que, cuando sea posible, deberán solicitarse como mínimo tres ofertas.

En estos aspectos resulta evidente que no puede entrar en juego la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con carácter supletorio, ya que, por su propia naturaleza, el derecho supletorio solo puede actuar en defecto de normas específicas que aborden una cuestión concreta.

En definitiva procede concluir que en materia organizativa, en la determinación de los procedimientos de contratación, en los supuestos concretos en que procede la adquisición directa y la aplicación de la regla de las tres ofertas, los arrendamientos y adquisiciones onerosas de bienes inmuebles por la Comunidad de Canarias se rigen íntegramente por su legislación patrimonial sin que pueda entrar en juego, con carácter supletorio, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Sin embargo, existen otros aspectos de los arrendamientos y adquisiciones onerosas de inmuebles que pueden ser regulados por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con carácter supletorio. Así sucede, en primer lugar con la exigencia de las reglas de publicidad y concurrencia de adquisiciones, respecto de la cual el artículo 30 de la Ley 8/1987, de 28 de abril, se remite expresamente a las normas reguladoras de la contratación administrativa. Así sucede igualmente con otros aspectos como son la elaboración de pliegos y la actuación de las Mesas de contratación en adquisiciones directas, en los que, por no existir una regulación específica de la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma, debe entrar en juego, con carácter supletorio la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Debe concluirse este informe con la advertencia de que el artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que es el que prevé la intervención de la Mesa en procedimientos negociados, a diferencia de la legislación anterior, solo prevista en subastas y concursos, y que parece ser el que verdaderamente preocupa al Organo consultante, tiene la consideración de norma "no básica", según resulta de la enumeración apartado 1 de la disposición final primera de la Ley, por lo que la Comunidad Autónoma de Canarias puede establecer su propia regulación en la que se considere no preceptiva la intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento negociado, en general, y en particular, en los arrendamientos y adquisiciones onerosas de inmuebles por la propia Comunidad.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los arrendamientos y adquisiciones onerosas de bienes inmuebles por la Comunidad de Canarias se rigen por su legislación patrimonial.

2. Que, no obstante, en determinados aspectos de la utilización del procedimiento negociado o adquisición directa, como es el relativo a la intervención de Mesa de contratación, entrará en juego el artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con carácter supletorio, en virtud de la prevención contenida en el artículo 75 del Reglamento de la Ley de Patrimonio de Canarias, aprobado por Decreto del Gobierno Canario 133/1988, de 22 de septiembre.

3. Que el artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al no tener carácter de "básico" puede ser sustituido por otra regulación de la Comunidad Autónoma, en la que se establezca el carácter no preceptivo de la intervención de la Mesa de contratación en procedimientos negociados o adquisiciones directas.

Informe 8/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Ambito subjetivo. Informe sobre si la disposición transitoria 6.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es de aplicación a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.

ANTECEDENTES

Por la Secretaría del Consejo de Administración de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

"La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional es el ente regulador del Sistema Eléctrico, creado por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. El artículo 6-1 de esta ley establece que: "Como ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, se crea la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar. La Comisión sujetará su actividad a lo dispuesto en al Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ejerza potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado." Asimismo la ley señala que, a los efectos de la Ley General Presupuestaria, se considera incluido en el artículo 6-5 de la misma y expresamente la ley afirma:

> *"En sus adquisiciones patrimoniales y contratación la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional estará sujeta al derecho privado".*

La Disposición Transitoria Sexta del a Ley 13/1995, de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, en su apartado 2º establece: "En tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa".

Como han señalado algunos comentaristas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resulta difícil establecer la conexión entre las entidades de derecho público a que se refiere el art. 1.3 y la Directiva 93/38/CEE. En efecto, el art. 1.3 de la Ley se refiere a Organismos Autónomos y Entidades de Derecho público que no tengan carácter industrial o mercantil y que se trate de Entidades financiadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas o controladas en su gestión o integradas en sus Organos de administración por más de la mitad de sus miembros de nombramiento oficial. Las entidades o empresas que actúan en los ámbitos de los sectores excluidos no reúnen las condiciones del art. 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (persiguen un fin mercantil o, cuando menos, industrial), por lo que resulta fácil deducir que la aplicación de la norma transitoria se circunscribe a determinadas entidades o administraciones públicas, quedando fuera de esta regulación las entidades privadas o aquellas públicas que actúan en régimen de Derecho privado, que deberán esperar a la futura regulación que incorpore a nuestro ordenamiento la Directiva 93/38/CEE.

A la vista de lo anterior, y ante las dudas que se plantean a la aplicación de las normas citadas, el Consejo de Administración de la Comisión, en su sesión del día 9 de Enero de 1996, ha acordado solicitar informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, órgano consultivo específico de la Administraciones General del Estado según establece el artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de

Mayo, para que dictamine sobre si la Disposición Transitoria 6-2 de la Ley 13/1995 es de aplicación a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por la Secretaría del Consejo de Administración de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta.

El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991 establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y u órganos mencionados, sino por la Secretaria del Consejo de Administración de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no exime, sin embargo realizar algunas consideraciones sobre la cuestión concreta sometida a consulta.

La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional solicitó a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado informe sobre idéntica cuestión que ahora trata de volver a suscitar ante esta Junta consignándose expresamente en la conclusión segunda del informe emitido con fecha 30 de diciembre de 1995 que "la disposición transitoria sexta.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no es de aplicación a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional".

Sin perjuicio de que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa comparte los criterios del informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, al no tener éste carácter vinculante, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional puede resolver las dudas que se le suscitaban, siguiendo los criterios del informe emitido o apartándose de los mismos con expresa motivación, tal como resulta del artículo 54 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debiendo calificarse al menos de "extraña" la solicitud de nuevo informe a órgano consultivo distinto, sin hacer mención siquiera a los criterios ya expuestos por esta vía de informe jurídico por órgano tan cualificado como la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

Informe 10/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Consulta en relación a la discriminación práctica para las empresas españolas, respecto de las empresas comunitarias, en cuanto a la capacidad para contratar según su solvencia económica y financiera.

ANTECEDENTES

Por D. César Cañedo-Argüelles, como Presidente de la Federación Española de Asociaciones de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos (TECNIBERIA) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El artículo 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dice en su primer párrafo lo siguiente:

> *"1. Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su **solvencia económica, financiera y técnica o profesional**, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible".*

Nuestra pregunta consiste ante todo en conocer si el requisito sustituible por la clasificación es:

A) la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o

B) la solvencia técnica o profesional (solamente).

En el supuesto de que prevalezca la interpretación B), aparece una discriminación negativa de los contratistas españoles frente a los de restantes países de la Unión Europea. En efecto, el Art. 26.3 de la Ley de Contratos de las AA.PP. establece que los certificados de clasificación expedidos por los Estados de la U.E. en favor de sus propios miembros constituye una presunción de capacidad en relación con las letras b) y c) del Art. 16.1. Es decir, la solvencia económica y financiera de los contratistas comunitarios no españoles se presume mediante el simple cumplimiento del requisito de la letra a) del Art. 16.1. Por el contrario los contratistas españoles pueden ser requeridos para acreditar todo lo exigido en el Art. 16 íntegro.

Puesto que dicho Art. 16 no constituye legislación básica, puede ocurrir y de hecho ocurre que alguna Comunidad Autónoma se proponga exigir una documentación más completa, que sólo podría afectar a las empresas españolas (ya que el Art. 26.3 sí es legislación básica y libera en todo caso a las empresas comunitarias no españolas).

Así pues, la segunda parte de nuestra pregunta es requerir si es correcto que los Organos de Contratación puedan exigir el cumplimiento de las letras b) y c) del Art. 16, en el supuesto de que prevalezca la interpretación B) del Art. 15.1."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente, como expresamente se consigna en el escrito de consulta, consiste en determinar si el requisito sustituible por la clasificación, tal como establece el artículo 15.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, hace referencia a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o solamente a la solvencia técnica o profesional.

2. Desde un punto de vista gramatical o de interpretación literal no puede suscitarse duda alguna que, de los dos requisitos a que hace referencia el artículo 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -tener plena capacidad de obrar y acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional-, la clasificación sustituye al último, es decir, a la acreditación de la solvencia en sus distintas manifestaciones, pues para que afectase sólo a la solvencia técnica o profesional hubiera sido necesario que el precepto hubiese empleado dos veces el término acreditar, es decir, utilizado la fórmula de exigir la acreditación de la solvencia económica y financiera, por un lado, y la acreditación de la solvencia técnica o profesional por otro, con lo que la expresión "este último requisito" podía ser interpretada como referida exclusivamente a la solvencia técnica o profesional.

3. Aunque la claridad del resultado obtenido por la interpretación literal del artículo 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podría eximir de otras consideraciones al respecto, parece conveniente hacer mención a los efectos de la clasificación en las Directivas comunitarias y, por incorporación de su contenido, en la legislación española, puesto que en el escrito de consulta se hace alusión a cierta discriminación perjudicial para empresarios españoles en relación con el resto de empresarios comunitarios.

Sabido es que con la expresión "listas oficiales de contratistas" las Directivas comunitarias se están refiriendo a la clasificación que regula la legislación española, estableciendo los artículos 29 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, y 35 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, únicas que interesan a efectos del presente informe, que la inscripción en estas listas entrañará una presunción de aptitud ante las entidades adjudicadoras de los demás Estados miembros, en relación, entre otros extremos, de las letras b) y c) del artículo 26 de la primera Directiva y de las letras b) y c) del artículo 31 de la segunda (balances o extractos de balances y volumen global de negocios, de obras o de servicios).

Estas normas de las Directivas comunitarias son las que incorpora el artículo 26.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al establecer que "los certificados de clasificación o documentos similares que hayan sido expedidos por Estados miembros de la Comunidad Europea en favor de sus propios empresarios constituyen una presunción de capacidad frente a los diferentes órganos de contratación en relación con las letras b) y c) del artículo 16.1" (balances o extractos de balances y cifra de negocios global y de las obras, servicios y trabajos realizados). Con ello, a pesar de que el artículo 26.3 no se refiere a empresarios españoles, la razón hay que buscarla en que son las legislaciones de los restantes Estados miembros, las que, al incorporar obligadamente las Directivas comunitarias, contendrán esta referencia para los certificados de clasificación expedidos en España para empresarios españoles.

Resulta así una clara diferencia entre lo dispuesto en el artículo 15.1 para todos los empresarios clasificados (españoles, comunitarios no españoles y resto de extranjeros) y el artículo 26.3 aplicable a los empresarios comunitarios en España, cuando figuren clasificados en sus respectivos países, disposición que, por efecto de las Directivas y su necesaria incorporación a la legislación de los distintos Estados miembros, deberá extenderse a los empresarios españoles clasificados que pretendan contratar en Estados comunitarios distintos de España.

La diferencia entre ambos preceptos radica en que el artículo 15.1, como ha quedado razonado, dispone que la clasificación sustituye a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, es decir, a la acreditación de todas las

menciones que, el amparo del artículo 16 puedan ser exigidas, en tanto que el artículo 26.3 la presunción de capacidad, en materia de solvencia económica y financiera, sólo actúa en relación con los apartados b) y c) del artículo 16, por lo que los empresarios a los que afecta (los no españoles comunitarios no clasificados en España y, en su caso los españoles en el resto de los países comunitarios), podrán ser obligados a presentar acreditación de requisitos no comprendidos en las letras b) y c) del artículo 16, sin que esta diferencia pueda ser, por derivar de las Directivas comunitarias, calificada de discriminatoria y, aún, en todo caso, lo sería en perjuicio de los empresarios comunitarios no españoles y no de los españoles.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el artículo 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe interpretarse que el requisito de la clasificación sustituye al de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional y no sólo el de acreditar la solvencia técnica o profesional.

2. Que, en relación con el artículo 15.1, existe una diferencia con el contenido del artículo 26.3, ya que de este último resulta que los certificados o documentos de clasificación expedidos por otros Estados miembros sólo eximen de acreditar las circunstancias previstas en los apartados b) y c) del artículo 16, no las restantes.

Informe 11/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Régimen de las garantías en los contratos. Consulta sobre si las entidades de seguros pueden prestar aval como garantía de los contratos administrativos.

ANTECEDENTES

Por el Interventor General de la Administración del Estado se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Se han recibido en esta Intervención General diversas consultas en relación con la posibilidad de que las Entidades de Seguros puedan prestar aval como garantía de los contratos administrativos.

En concreto, la cuestión que se suscita es si las Entidades de Seguros pueden en la actualidad prestar aval como garantía de los contratos administrativos y cómo deberían actuar los miembros de las Mesas de contratación cuando observen que se ha constituido dicha garantía por una Entidad Aseguradora.

Dicha cuestión se plantea al señalar el artículo 36.1 c) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto de la garantía provisional, que dicha garantía podrá ser constituida "por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y con las condiciones que reglamentariamente se establezcan, con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución" y establecer el artículo 37.1 c) de la misma Ley, que la garantía definitiva podrá constituirse "por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y con las condiciones que reglamentariamente se determinen, con las entidades referidas en el apartado 1.c) del artículo anterior, debiendo entregarse la póliza en los establecimientos señalados en el apartado 1.a) del mismo artículo anterior".

Según parece desprenderse de estos preceptos, las Entidades de Seguros no pueden prestar aval ya que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sólo contempla que puedan prestar dicha forma de garantía las Entidades Financieras que se recogen en el artículo 36.1.b) y que son los Bancos, las Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y Sociedades de Garantía Recíproca autorizados para operar en España; en consecuencia debe entenderse derogado en esta materia el artículo 370 del Reglamento General de Contratación de Estado en la medida que desarrolla al artículo 122 de la Ley de Contratos del Estado.

Por consiguiente, esta Intervención General entiende que en la actualidad las Entidades de Seguros sólo pueden garantizar los contratos públicos mediante la celebración de un seguro de caución con los requisitos y límites que establecen el artículo 47.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y la disposición adicional segunda de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Con independencia de lo anterior, habida cuenta de que el órgano competente para dictaminar sobre la consulta formulada es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, se solicita el criterio de dicho órgano sobre las cuestiones de referencia."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si, a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, las entidades aseguradoras pueden prestar aval como garantía en los contratos administrativos o, por el contrario, las garantías que pueden prestar quedan limitadas a la modalidad de seguro de caución, cuestión que debe ser resuelta no solo mediante interpretación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sino

también la de normas posteriores a la misma que hayan incidido en la materia, como lo es la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

2. Modificando el criterio reflejado en el artículo 122 de la Ley de Contratos del Estado que establecía que el aval, como garantía provisional o definitiva en la contratación administrativa, debería otorgarse por un Banco oficial o privado, por Mutualidades profesionales constituidas al efecto y por Entidades de seguros sometidas a la Ley de 16 de diciembre de 1954, los artículos 36 y 37 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vienen a establecer dos modalidades distintas de garantías provisionales y definitivas, en los apartados 1 b) y 1 c), prescindiendo, por carecer de interés, a efectos del presente informe, del incorporado al apartado 1 a). El apartado 1 b) del artículo 36, al que simplemente se remite al apartado 1, b), del artículo 37 se refiere al aval prestado, en la forma y condiciones reglamentarias "por alguno de los Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y Sociedades de Garantía Recíproca autorizados para operar en España" y el apartado 1, c), del artículo 37, hace referencia al seguro de cuación delebrado en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezcan "con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución".

La claridad y ordenación sistemática de los preceptos reseñados eximen de mayores comentarios para llegar a la conclusión de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al regular las modalidades de las garantías provisionales y definitivas, conserva la de aval de la legislación anterior, pero, modificando la misma en el aspecto relativo a las Entidades que pueden prestarlo, lo circunscribe a Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito y Sociedades de Garantía Recíproca, y no, por tanto a Entidades de seguro y, por otra parte introduce la modalidad de seguro de caución que, en el aspecto subjetivo, reserva en exclusiva a las Entidades de Seguros.

El Real Decreto de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, pendiente de publicación en el Boletín Oficial del Estado viene simplemente a confirmar, como no podía ser de otra manera, las disposiciones de la propia Ley, regulando por separado la garantía constituida mediante aval (artículo 16) y mediante seguro de caución (artículo 17) deduciéndose de su redacción, así como de la de los respectivos modelos que figuran en el Anexo, que las Entidades de seguros solo pueden prestar la garantía provisional o definitiva mediante seguro de caución y no mediante aval.

2. Criterio coincidente con el de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, es el que se manifiesta en la posterior Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, ya que después de establecer en su artículo 5.1 b) que quedan prohibidas a las Entidades aseguradoras "la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora", en su disposición adicional segunda indica que "el contrato de seguro de caución celebrado con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución será admisible como forma de garantía ante las Administraciones Públicas en todos los supuestos en que la legislación vigente exija o permita a las entidades de crédito o a los establecimientos financieros de crédito constituir garantías ante dichas Administraciones" enumerando a continuación los requisitos exigibles idénticos a los incorporados a los artículos 37.1 c) y 47.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Resulta así que la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en el ámbito específico del seguro, limita las garantías que pueden prestar las Entidades de seguros al seguro de caución debiendo, por consiguiente excluirse la posibilidad de prestar avales y aunque no se hubiese promulgado la Ley 13/1995, de 18 de mayo, los preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, conducirían a idéntica conclusión en la cuestión que estamos examinando.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, las Entidades aseguradoras no pueden constituir garantías provisionales ni definitivas mediante aval, sino mediante seguro de caución, modalidad esta última que les está atribuida en exclusiva, tanto por la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, como por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

Informe 13/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Contratos menores.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Adjunto remito los escritos emitidos por los responsables de los siguientes Servicios (por orden cronológico de emisión)

- Unidad de Programación Económica del Area de Urbanismo y Obras.

- Contratación y Compras.

- Vice-Secretaría

en los cuales se origina un contraste de pareceres en lo referente al concepto de CONTRATO MENOR. Una de las partes opina que el Art. 57 de la LCAP exige, únicamente, lo que taxativamente indica, sin más consideraciones, y la otra parte lo circunscribe obligatoriamente en el Art. 93, puesto que lo trata como "procedimiento negociado".

Al ser requerido, el Ingeniero Municipal hace constar que el nuevo concepto de "Contrato Menor" es una clara oportunidad para agilizar las actuaciones de la Administración (tan necesitada de ella) y solo es necesario recurrir a la urgencia o a la emergencia en los casos que así se manifiesten y lo requieran; pero en los asuntos de menor cuantía basta con exigir lo previsto en el Art. 57, cuando las circunstancias así lo aconsejen y con las debidas garantías y responsabilidades.

Por lo expuesto, y a tenor de lo dispuesto en el Art. 10, es por lo que se solicita nos sea remitido superior criterio sobre el aspecto planteado, que opinamos es excepcional. Rogamos, a su vez, nos sea indicada la documentación y trámites estrictamente necesarios en relación con el Art. 11 de dicha Ley."

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) Informe de 29 de noviembre de 1995 del Ingeniero Municipal del Area de Urbanismo y Obras de la Unidad de Programación Económica, inclinándose por el contrato menor para realizar los trabajos necesarios de reparación del sistema de protección contra incendios en las Oficinas Municipales.

b) Informe de 7 de diciembre de 1995 del funcionario encargado del Servicio de Contratación del Ayuntamiento en el que señala que por aplicación de las reglas del procedimiento negociado sería necesario la consulta a tres empresas salvo supuestos de emergencia.

c) Informe del Vicesecretario General del Ayuntamiento de 7 de diciembre de 1995, en el que se insiste que el contenido menor no queda excluido de los procedimientos y formas de adjudicación, para lo que de acuerdo con el artículo 93 será necesario la consulta a tres empresas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La resolución de la cuestión suscitada -en realidad, la determinación del régimen jurídico de los contratos menores- requiere realizar un examen de su regulación en la anterior legislación de contratos del Estado, de las modificaciones introducidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en definitiva, y este es el

problema que especialmente se suscita, reseñar sus diferencias con el procedimiento negociado por razón de la cuantía.

2. La legislación de contratos del Estado vigente con anterioridad a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto a determinados tipos de contratos -obras, suministros y contratos con empresas consultoras y de servicios- establecía determinadas especialidades en su régimen jurídico para los de menor cuantía económica, aunque utilizando distinta terminología para su caracterización.

Respecto a los contratos de obras, el artículo 70 del Reglamento General de Contratación del Estado se refería a las reparaciones menores, respecto de las que indicaba que en los proyectos podrían reducirse o incluso suprimirse los documentos exigibles para todos los proyectos y que en todo caso debería figurar el presupuesto de las obras como único documento exigible cuando se tratase de obras inferiores a 2.500.000 pesetas.

En los contratos de suministro el artículo 86 de la Ley de Contratos del Estado consideraba suministros menores los referentes a bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no excediese de 500.000 pesetas, disponiendo que en los suministros menores que hubiesen de verificarse directamente en establecimientos comerciales abiertos al público, podría sustituirse el correspondiente pliego por una propuesta razonada. Por su parte, el artículo 89 de la propia Ley de Contratos del Estado, dedicado a la formalización del contrato de suministro, indicaba que en las compras directas de suministros menores en establecimientos comerciales abiertos al público haría las veces de documento contractual la factura pertinente, cuando constasen en ella los requisitos reglamentariamente establecidos.

El artículo 13 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sobre contratos con empresas consultoras o de servicios en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 52/1991 de 25 de enero, se limitaba a establecer que tendrían la consideración de contratos menores aquellos cuyo importe total no excediese de 500.000 pesetas, añadiendo que en los mismos podía sustituirse el pliego de cláusulas administrativas particulares por una propuesta de actuación razonada.

Por otra parte, los artículos 37.3, y 87.3 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 9.a) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, admitían la posibilidad de acudir a la contratación directa, en los contratos de obras de presupuesto inferior a 50.000.000 de pesetas, en los contratos de suministro que no excediesen de 10.000.000 de pesetas o de 25.000.000 de pesetas, en los contratos de suministro fabricación, y en los contratos con empresas consultoras o de servicios de cuantía inferior a 15.000.000 de pesetas.

Como se desprende del examen de los preceptos reseñados, en la legislación de contratos del Estado no existía un concepto único de contratos menores sino diversas categoría de los mismos (reparaciones menores, obras inferiores a 2.500.000 pesetas, suministros menores, suministros en establecimientos comerciales abiertos al público y contratos menores de asistencia con empresas consultoras y de servicios), ni un único régimen jurídico para los mismos, pues en cada caso concreto se exceptuaba de determinados requisitos que no siempre eran los mismos. Pese a todo, en la anterior legislación de contratos del Estado no se suscitaban las dificultades interpretativas que ahora se suscitan en relación con los contratos menores, lo que quizá fuera debido a la diferencia existente entre las cifras que configuraban en cada caso el concepto de contrato menor y las que autorizaban, también en cada caso, la contratación directa por razón de la cuantía de los contratos.

3. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ha cambiado sustancialmente los criterios de la legislación anterior pues, aparte de seguir admitiendo los contratos menores en los mismos tipos de contratos anteriores (obras, suministros y consultoría y asistencia y servicios) unifica y simplifica su concepto al establecer en el artículo 57 que "en los contratos menores que se definirán exclusivamente por su cuantía, de conformidad con los artículos 121, 177 y 202, la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al

mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran". La remisión a los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley significa que sólo serán admisibles los contratos menores de obras cuando su cuantía no exceda de 5.000.000 de pesetas y los contratos menores de suministro, con excepción de los aquellos a los que se refiere el artículo 184 y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, cuando su cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas.

Siendo estos preceptos (artículos 57, 121, 177 y 202) los únicos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos menores, la interpretación literal de los mismos conduce a la conclusión de que, para que un contrato sea menor, basta atender a su cuantía y que, respecto a ellos solo serán exigibles la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, sin perjuicio de que en el contrato menor de obras se exija el presupuesto y el proyecto, este último cuando normas específicas lo requieran, debiendo significarse la utilización del adverbio "solo" equivalente a "únicamente" y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente con el propio artículo 57 para el contrato menor de obras.

Desde el punto de vista de sus antecedentes resulta ilustrativo que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas haya suprimido el contenido de los artículos 125.2, referente a los suministros menores en que no ha lugar a la constitución de fianza y 89 de la Ley de Contratos del Estado referente a la factura como sustitutiva del documento contractual, en suministros, con lo que se viene a demostrar que la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera omnicomprensiva la regulación de los contratos menores contenida en sus artículos 57, 121, 177 y 202, y que los requisitos de los mismos son los únicos exigibles, sin que considere oportuno mencionar expresamente la no exigencia de otros (garantías y documento de formalización) que resulta de los artículos citados por simple exclusión y omisión de su cita.

Desde el punto de vista finalista o teleológico la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala como uno de los objetivos de la misma "la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación" (apartado 1.5) y uno de los medios para conseguirlo, "la potenciación de los contratos menores" (apartado 2.6) objetivo y medio que difícilmente se concilian con la exigencia de otros requisitos, no establecidos en su regulación específica para los contratos menores.

No obstante, no debe excluirse, en principio, la aplicación del artículo 11 de la propia Ley, en cuanto establece los principios y los requisitos generales a los que deben ajustarse los contratos de las Administraciones Públicas. El artículo 11 señala en su apartado 1 que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la misma Ley. En el apartado 2 fija los requisitos generales para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la misma. Pues bien, debe analizarse en primer lugar el alcance del requisito de exigencia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores para posteriormente examinar el cumplimiento de los requisitos generales. Respecto de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia debe determinarse, en la precisión del apartado 1, las excepciones establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En el contexto general de la Ley podemos señalar que las únicas excepciones a la observancia del principio de publicidad son las contenidas respecto de los contratos menores en el artículo 57 y en la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en los términos establecidos en los artículos 74, 79 y 93 para todo tipo de contratos y en los artículos 141, 183 y 211 respectos de los contratos de obras, de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios, respectivamente en lo que afecta al objeto de la consulta. En cuanto se refiere al

principio de concurrencia las excepciones resultan de lo dispuesto en el artículo 57, que no requiere la concurrencia de ofertas, y en los artículos 74.4 y 141, 183, y 211 cuando la adjudicación del contratos solo pueda estar referida a una única empresa mediante el procedimiento negociado. En segundo lugar, en cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos especificados en el apartado 2 del artículo 11 debe hacer una especial mención al carácter de éstos antes de comentar el alcance de la exigencia de su cumplimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 57. Los requisitos correspondientes a los apartados a) (competencia del órgano de contratación), b) (capacidad del contratista), c) (determinación del objeto del contrato) y d) (fijación del precio) necesariamente han de cumplirse por ser requisitos sin los cuales no puede celebrarse ningún contrato, ni podría, en el referente a la determinación del objeto, conocer ante que contrato nos encontramos, ni en lo referente al precio, si se trata de un contrato menor. Los requisitos correspondientes a los apartados e) (existencia de crédito adecuado y suficiente), g) (fiscalización previa de los actos de contenido económico) y h) (aprobación del gasto) no son consecuencia de la naturaleza propia del contrato sino de lo establecido en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas en el proceso de ejecución del presupuesto. Finalmente, los requisitos f) (tramitación de expediente con incorporación de los pliegos de cláusulas que regirán el contrato) e i) (formalización del contrato) son requisitos propios del sistema procedimental de los distintos contratos.

El artículo 57, al regular los contratos menores, en la acción de simplificación del procedimiento jurídico de la contratación y como medio para potenciarlos, de entre los requisitos señalados en el artículo 11, solo viene a exigir el cumplimiento expreso de dos de ellos, sin perjuicio de la concurrencia de aquellos que resulten imprescindibles para que se pueda considerar la existencia de un contrato y de los que resulten de las normas presupuestarias específicas aplicables. Así será exigible en todo caso la tramitación del expediente de contratación, si bien queda excluida la incorporación al mismo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, indicando que en los contratos menores de obras se incorporará al mismo el presupuesto de las mismas y el proyecto cuando normas específicas lo requieran, y la aprobación del gasto, que se incorporará al mismo y requerirá el cumplimiento de las normas que lo regulen, en las que se exigen, con carácter general y la existencia de crédito adecuado y suficiente y, en función de la cuantía, el cumplimiento del requisito de la fiscalización previa de los actos de contenido económico. Por último, se exige la incorporación al expediente de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos, requisito que viene exigido por la consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 100 sobre pago del precio y por así resultar de la culminación del proceso de ejecución del gasto.

Como conclusión de este apartado debe sostenerse, por tanto, que en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. los contratos menores sólo exigen para su celebración los requisitos establecidos en el artículo 57, que la cuantía de los mismos no exceda de las señaladas en los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley y los resultantes del artículo 11 en los términos que han quedado reseñados.

Por lo demás, esta conclusión es la mantenida por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado en su informe de 19 de julio de 1995, en el que, además se analizan, para descartarlos, los argumentos que pueden conducir a conclusión contraria.

4. El siguiente apartado de este informe tiene que ser dedicado al extremo de analizar las diferencias entre contrato menor y procedimiento negociado por razón de la cuantía, pues la identificación de ambos ha producido las dificultades que se observan en la práctica y que han motivado la consulta que se formuló a la Dirección General del Servicio Jurídico y ahora se formula a esta Junta Consultiva por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

Antes de entrar en el análisis de tales diferencias, por si puede ayudar a resolver los problemas planteados, hay que hacer la indicación de que, tanto la utilización del

contrato menor, como la del procedimiento negociado por razón de la cuantía, son meras posibilidades que, para agilizar la contratación administrativa, se incorporan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes lo fueron a la legislación de contratos del Estado y, que aún en los supuestos de cuantías inferiores que autorizarían la celebración de un contrato menor o la utilización del procedimiento negociado, el órgano de contratación, para someter su actividad contractual a un mayor control y para favorecer en definitiva la libre concurrencia y la transparencia en la contratación pública, puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos o restringidos, es decir a licitación pública, sin necesidad de acudir para justificar tal posibilidad más que a los principios de publicidad y concurrencia, básicos de la contratación administrativa, al carácter excepcional de su no aplicación (artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y al carácter facultativo que a la utilización del procedimiento negociado atribuyen los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 209 y 210 de la propia Ley.

En cuanto a la propia diferenciación entre contrato menor y procedimiento negociado la dificultad ha surgido como consecuencia de la reducción de cifras que, en relación con la contratación directa, ha operado la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que para los supuesto en que se admite el contrato menor, (contrato de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios) coinciden prácticamente con las causas de utilización del procedimiento negociado, sin que la coincidencia sea exacta, pues aparte de no darse en el suministro fabricación (2.000.000 de pesetas el contrato menor y 3.000.000 de pesetas el procedimiento negociado) la Ley cuando se refiere a contratos menores utiliza la expresión de que "su cuantía no exceda" y cuando se refiere a procedimiento negociado habla de "cuantía inferior" por lo que se produce la diferencia de una peseta.

Esta diferenciación cuantitativa serviría por si sola para diferenciar ambos supuestos aunque esta Junta considera que la diferenciación es de mayor alcance, puesto que el contrato menor es una categoría o figura contractual para la que solo se exigen determinados requisitos, mientras que el procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de contratos sujeto a las reglas generales de la Ley (garantías, pliegos, Mesa de contratación, etc...) exceptuando exclusivamente las que hacen referencia específica a otros procedimientos y formas de adjudicación, es decir a los procedimientos abiertos y restringidos y a la subasta y al concurso y, además, a la regla específica del artículo 93 de solicitud de tres ofertas, siendo posible su aplicación al procedimiento negociado y no, por lo razonado, al contrato menor.

Como en este sentido se señala en el citado informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995 la identificación absoluta entre contratos menores y procedimiento negociado por razón de la cuantía no existe en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido este efecto el legislador le habría resultado mucho más sencillo, "referirse directamente a los "contratos menores" entre los supuestos que permiten la adjudicación negociada sin publicidad", correspondiendo al órgano de contratación, ante un contrato cuya cuantía permite calificarlo como menor y, al mismo tiempo, ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad, optar por el régimen simplificado del artículo 57 o por la tramitación completa del expediente y por la adjudicación, previa constitución de la Mesa de contratación y solicitud de ofertas, mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

5. Lo hasta aquí razonado y las conclusiones que a continuación se sientan son suficientemente claras para que los Servicios del Ayuntamiento puedan resolver sobre la documentación y trámites estrictamente necesarios, en relación con el artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a que se refiere el último inciso del escrito de consulta.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que la celebración de un contrato menor solo o únicamente requiere los requisitos establecidos en el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con los artículos 121, 177 y 202 sin perjuicio de los que, con carácter general, resultan del artículo 11 de la propia Ley.
2. Que la posible coincidencia de cifras que determinan la posibilidad de acudir al contrato menor o al procedimiento negociado sin publicidad debe ser resuelta por el órgano de contratación, debiendo tramitarse el expediente con sujeción a las normas generales de la Ley, salvo las específicas de otro procedimiento o forma de adjudicación y, a la específica de su artículo 93, si se opta por el segundo término de la alternativa.

Informe 15/96, de 7 de marzo de 1996. Otros informes. Otros contratos. Viabilidad jurídica de la enajenación de bienes del inmovilizado material a crédito.

ANTECEDENTES

1. Por el Interventor General de la Administración del Estado se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En este Centro Directivo se recibió una consulta formulada por el Interventor Adjunto de la Diputación de La Coruña, en relación con el tratamiento contable a dar a las operaciones de enajenación de bienes del inmovilizado material a crédito.

Dicha consulta se remitió a la Dirección General de Régimen Jurídico del Ministerio para las Administraciones Públicas, al objeto de que, con carácter previo, informara sobre los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es la legislación aplicable, en materia de bienes, a las Entidades Locales?

- ¿Pueden dichas entidades enajenar bienes con precio aplazado?

En el informe emitido por la citada Dirección General, se resuelve el primer interrogante y se manifiestan dudas acerca del segundo, centrando la resolución de éste en la determinación del alcance del artículo 14.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Considerando que la interpretación de dicho precepto puede entrar dentro de sus competencias, es por lo que le trasladamos copia de la cuestión planteada y del informe emitido por la Dirección General de Régimen Jurídico, con el fin de clarificar las dudas planteadas.

A efectos de poder confeccionar una contestación comprensiva de todas las cuestiones suscitadas en la consulta, solicitamos nos envíe su informe para su remisión, junto con el nuestro a la Corporación consultante".

2 - Al escrito anterior se acompaña informe de la Dirección General de Régimen Jurídico del Ministerio para las Administraciones Públicas que, respecto a la cuestión que se somete a esta Junta y bajo el epígrafe "C-Alcance de la prohibición de aplazamiento del precio de los contratos", realiza las siguientes consideraciones:

"1 - El artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de carácter básico y, por tanto, aplicable a todas las Administraciones Públicas, establece la prohibición del pago aplazado del precio de los contratos, señalando que "Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, salvo que una Ley lo autorice expresamente".

En su Exposición de Motivos se fundamenta el mantenimiento de la prohibición (la recogía en los mismos términos el artículo 12 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, derogado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) "por la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento y a la vez asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario".

El citado artículo 14 se ubica en un capítulo subtitulado "Disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas", por lo que entiende esta Unidad que es aplicable a todos los que celebren las Administraciones públicas, tanto administrativos como privados.

En cualquier caso, el principio de anualidad presupuestaria aplicado al ámbito del reconocimiento de obligaciones y la vinculación del contrato con el procedimiento de aprobación del gasto obligarían a que, aunque no existiera la prohibición establecida en el artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la legislación presupuestaria contemplara la posibilidad de pago aplazado como una excepción al principio general de anualidad para que dicha posibilidad fuera admisible.

Es este el supuesto, en el ámbito de la Administración del Estado, del apartado 3 del artículo 63 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que admite el pago aplazado de compra de bienes inmuebles cuyo importe exceda de 1.000 millones de pesetas.

2 - Por otra parte, el artículo 117 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Real Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, admite la posibilidad de aplazamiento de precio en los contratos de enajenación de bienes inmuebles, en los siguientes términos:

> *"En contratos de cuantía superior a 20.000.000 de pesetas, podrá estipularse el aplazamiento de hasta las tres cuartas partes del precio total, por un período no superior a cuatro años. El interés de aplazamiento nunca será inferior al legal del dinero. El pago de la parte aplazada será garantizado mediante condición resolutoria explícita, hipoteca, aval bancario u otra garantía suficiente usual en el mercado."*

Dicha posibilidad se introdujo por la redacción que al citado artículo dio el Real Decreto 1269/1987, de 31 de julio, que modifica distintos artículos del Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado y que se justifica en su Preámbulo en los siguientes términos:

> *"Se ha aprovechado la ocasión para proceder a regular la estipulación de cláusulas de aplazamiento de parte del precio de la enajenación de inmuebles patrimoniales, con la idea de lograr una mayor aproximación a lo usual en el mercado inmobiliario. La admisibilidad en Derecho de estas cláusulas en los contratos privados de la Administración, cual son los de enajenación de inmuebles patrimoniales, no parece controvertible; y, de esta manera, los nuevos textos reglamentarios, que permitan pactar el aplazamiento, no hacen otra cosa que explicitar lo que estaba implícito en las Leyes de Patrimonio (citada) y de Contratos del Estado".*

Con independencia de que dicha regulación no es de aplicación a las Entidades Locales, se plantea la duda de si la prohibición del artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere únicamente a aquellos contratos vinculados a la gestión del correspondiente gasto -como son la totalidad de los que regula la propia Ley- y no afectaría a los de enajenación de bienes, en los que el precio lo recibe la administración, no lo paga. En caso contrario, parece difícilmente conciliable con la exigencia de norma de rango legal que autorizase el pago aplazado -establecida en el referido artículo y en la legislación anterior en materia de contratos- la regulación contenida en el artículo 117 del Reglamento del Patrimonio del Estado respecto a los contratos de enajenación de bienes inmuebles de cuantía superior a veinte millones de pesetas.

CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo anteriormente señalado y dadas las dudas existentes en la materia se considera como más conveniente que, de acuerdo con las

competencias que le atribuye el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se remita por la Intervención General del Estado la consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a fin de que ésta se pronuncie sobre el alcance de la prohibición del artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se somete a la consideración de esta Junta -la del alcance del artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la posibilidad de que las Entidades Locales puedan enajenar bienes con precio aplazado-, ha de ser resuelta en términos generales dado el carácter de "básico" del indicado precepto, según resulta de su disposición final primera 1 y, en consecuencia, aplicable a todas las Administraciones Públicas, para, a continuación, examinar las peculiaridades de su aplicación a la Administración del Estado y a las Entidades Locales, cuestión esta última que es la que expresamente se consulta.

2. Con carácter general, antes de entrar en el examen concreto del artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que realizar unas consideraciones previas sobre la naturaleza y régimen jurídico de los contratos de enajenación de bienes, ya que dichas circunstancias condicionan la aplicación de la prohibición recogida en el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Los contratos de enajenación de bienes celebrados por las Administraciones Públicas merecen sin lugar a dudas el calificativo de contratos privados, pues aunque una referencia expresa solo existe en la Ley respecto a la compraventa y otros negocios análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables en sus artículos 5.3 y 9.1, lo cierto es que los contratos de enajenación de los restantes bienes muebles merecen idéntico calificativo al deducirse así con toda evidencia del artículo 5 que considera, por una parte, contratos administrativos típicos los de obras, gestión de servicios públicos, suministro (referido precisamente a adquisiciones y no a enajenaciones) consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales y, por otra parte, contratos administrativos especiales los que resulten vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, los que satisfagan directa o inmediatamente una finalidad pública de la específica competencia de aquella y los declarados de tal carácter o una Ley y, siendo así que en ninguna de éstas categorías de contratos administrativos típicos y de contratos administrativos especiales tiene encaje el de enajenación de bienes, la conclusión la impone el propio artículo 5.3 al declarar que "los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados".

El régimen jurídico de los contratos privados lo determina el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, se regirán por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado, con la precisión de que los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso.

Enlazando estos preceptos con el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que es el que consigna la regla de que "se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, salvo que una Ley lo autorice expresamente" se observa que, pese a su colocación sistemática en el Capítulo III del Título I del Libro I, bajo la rúbrica "De las disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas", su alcance es más limitado, constituyendo, en definitiva, una prohibición a la Administración contratante, obligada a pagar un precio por el contrato, que no puede extenderse a contratistas privados, cuando son ellos, en virtud de la naturaleza del

contrato, como sucede en la enajenación de bienes, los que tienen que pagar un precio por la adquisición. Por otra parte, las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley que fundamentan el mantenimiento de la prohibición (apartado 2.1) vienen a avalar tal conclusión, ya que "la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento y a la vez asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario" nada tienen que ver con los supuestos de enajenación de bienes por las Administraciones Públicas, ya que estas últimas, en las enajenaciones de bienes, al no pagar un precio, sino percibirlo, difícilmente pueden en estos contratos incrementar el gasto público, el nivel de endeudamiento y, en definitiva, alterar el equilibrio presupuestario en el sentido expresado en las palabras reseñadas de la Exposición de Motivos de la Ley.

Si los contratos de enajenación de bienes, muebles o inmuebles, se rigen por la legislación patrimonial de la respectiva Administración Pública y, aún admitiendo a efectos hipotéticos que la enajenación de determinados bienes muebles se rigiese en cuanto a su ejecución por normas de derecho privado, la primera conclusión que debe quedar sentada es la de que, a menos que en la legislación patrimonial se siente un criterio favorable a la prohibición, inimaginable en las normas de derecho privado por el principio de libertad contractual en que se inspiran, el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede tener la virtualidad de suponer un obstáculo para la enajenación de bienes por las Administraciones Públicas, con precio aplazado.

3. En el ámbito de la Administración del Estado, no existe ninguna dificultad para admitir la posibilidad de enajenación de bienes con precio aplazado, por resultar así y con las condiciones que se determinan, del artículo 117 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, en la redacción dada al mismo por Real Decreto 1269/1987, de 31 de julio, que establece que "en contratos de cuantía superior a 20.000.000 de pesetas, podrá estipularse el aplazamiento de hasta las tres cuartas partes del precio total, por un período no superior a cuatro años" añadiendo que "el interés de aplazamiento nunca será inferior al legal del dinero" y que "el pago de la parte aplazada será garantizado mediante condición resolutoria explícita, hipoteca, aval bancario u otra garantía suficiente usual en el mercado".

Lógicamente debe advertirse que la legislación patrimonial de la Administración del Estado (Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento) resulta aplicable a las enajenaciones de bienes muebles por estar contempladas expresamente en su articulado, pero que dicha circunstancia no autoriza a extender a los bienes muebles la posibilidad de precio aplazado en su enajenación, pues aparte de ser dudoso que esta posibilidad encajase en el procedimiento de enajenación de inmuebles que es lo que el artículo 95 de la Ley y 189 de su Reglamento declaran aplicable a la enajenación de muebles, resulta significativo que el preámbulo del Real Decreto 1269/1987, de 31 de julio, por el que se da nueva redacción, entre otros, al artículo 117 del Reglamento de la Ley de Patrimonio del Estado exprese que "se ha aprovechado la ocasión para proceder a regular la estipulación de cláusulas de aplazamiento de parte del precio de la enajenación de inmuebles patrimoniales."

4. En cuanto a las Entidades Locales, respecto de las cuales se centra la consulta, debe afirmarse que el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede suponer un obstáculo a la enajenación de bienes con precio aplazado, fundamentalmente por las consideraciones que, con carácter general, se han realizado, debiendo añadirse que los límites concretos a esta posibilidad deben encontrarse en la legislación aplicable, bien directamente, bien con carácter supletorio, en materia de bienes de las Entidades Locales, tal como se define en el apartado A) de las consideraciones jurídicas del citado informe de la Dirección General de Régimen Jurídico del Ministerio para las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el artículo 14.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto prohíbe el pago aplazado en los contratos, salvo que una Ley lo autorice expresamente, no resulta de aplicación a los contratos de enajenación de bienes de las Administraciones Públicas, por no resultar obligación de pago alguna a cargo de las mismas, sino del adquirente de los bienes enajenados.

2. Que en el ámbito de la Administración del Estado, la legislación patrimonial admite expresamente esta posibilidad para la enajenación de bienes inmuebles con los límites y condiciones que prevé la actual redacción del artículo 117 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado.

3. Que en el ámbito de la Administración Local debe admitirse idéntica posibilidad, si bien los límites concretos a tal posibilidad deban encontrarse en la legislación aplicable en materia de bienes de las Entidades Locales.

Informe 18/96, de 5 de junio de 1996. Otros informes. Ofertas anormalmente bajas. Consideración de las ofertas anormalmente bajas en el concurso y posibilidad de aplicación a las mismas del criterio determinado en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación..

ANTECEDENTES

1. Por el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela se formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguientes términos:

"El Artículo 84 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que el carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente. Esta norma se encuentra dentro del capítulo VII de la Ley y en la Subsección 2ª; "De las subastas".

Por su parte el artículo 91 indica que los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán, también, para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación.

La Universidad de Santiago de Compostela, en uso de su autonomía reconocida constitucionalmente, y a través de su norma institucional básica, los Estatutos de la Universidad, estableció que la contratación de obras, servicios y suministros se efectuará conforme al oportuno reglamento, que dentro del marco de la legislación general sobre la materia, regulará específicamente la gestión contractual de la Universidad (artículo 236 del Decreto 204/1985, de 19 de septiembre).

También se indica en el artículo 239 que, en caso de contratación por concurso público, concurso-subasta o subasta, las condiciones serán aprobadas por el Rector, a propuesta del Gerente y con informe previo de la asesoría jurídica de la universidad.

El Reglamento de Contratación de la Universidad (artículo 22 del publicado en el Diario Oficial de Galicia de 12 de julio de 1980 y artículo 24 del actual pendiente de aprobación por el Consello Social y que supone la adaptación a la nueva ley) establece que "Se considera, salvo norma básica que lo establezca, como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición en la cual el porcentaje exceda de 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes oportunos y la audiencia del adjudicatario, como susceptibles de normal cumplimiento las respectivas proposiciones".

Esa norma no está, en el referido Reglamento, constreñida a la subasta, sino que afecta a todos los contratos.

De este modo, en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos a realizar por concurso o por procedimiento negociado con publicidad se recoge una trascripción semejante del texto del Reglamento de Contratación de la USC así como la obligación, en caso de incurrir en baja temeraria, de subscribir una garantía del 100% el importe del contrato (artículo 34.4 de la LCAP).

Dado que algún contratista se ha opuesto a la prestación de la referida fianza argumentando la aplicación del artículo 109 del Reglamento de contratos (que supondría la consideración de que solo se puede aplicar la baja temeraria cuando se trate de subastas) y que la Universidad considera, en base a la nueva ley, al

Reglamento de la Universidad y a los propios pliegos de licitación, que le sería aplicable en caso de existir una baja superior a 10 puntos a la media.

Concretamente esta Universidad considera que el artículo 91 de la Ley 13/1995 deroga en parte al artículo 114 del Reglamento de Contratación y que en el concurso se pueden aplicar los criterios de baja temeraria ya que de otro modo el órgano contratante se podría ver en una situación muy comprometida en bajas manifiestamente temerarias.

Por otra parte, y en términos jurídicos, un precepto semejante al actuar artículo 91 existía en el Reglamento General e Contratación del Estado (antes de su modificación en 1986): "Será de aplicación al concurso-subasta los preceptos relativos a la subasta excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a esta forma de adjudicación" (artículo 112.2), aplicándose la baja temeraria al concurso-subasta, como lo demuestran las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1990 (Ar. 3658), 21 de marzo de 1980 (Ar. 927) y 13 de mayo de 1987 (Ar. 9115).

También en Sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28-VII-1994 (RJCA 1994/41) se habla de bajas temerarias en adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos que ordinariamente se adjudican por concurso.

Por todo lo anterior se solicita de ese organismo consulta sobre los siguientes aspectos:

a) ¿Es válida la inclusión de los pliegos de concursos de que existirá presunción de temeridad en las bajas que excedan de 10 unidades la media de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y que de incurrir en esa situación deberá prestar una garantía del 100% del importe del contrato a la vista de la LCAP y de Reglamento de Contratación de la USC?.

b) ¿Sigue vigente el párrafo 2 del artículo 114 del Reglamento de contratos que excluye la aplicación del párrafo 5 del artículo 109 del Reglamento (inaplicación al concurso de las normas sobre baja temeraria) a la vista del nuevo artículo 91 de la LCAP?.

c) ¿Se puede negar a prestar fianza del 100% un contratista incurso en presunción de temeridad en un concurso público pese a que en el pliego expresamente así se indicaba?.

Dado los efectos que su respuesta puede tener sobre la formalización de los contratos y sobre los propios pliegos, le rogaría que la respuesta fuese lo más ágil posible".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si las normas sobre bajas temerarias o desproporcionadas -ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria- que contiene la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se circunscriben exclusivamente a la forma de adjudicación mediante subasta o, por el contrario, resultan de aplicación al concurso e, incluso a los supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad. La cuestión enunciada tiene que ser resuelta partiendo de la regulación en las Directivas comunitarias de las ofertas anormalmente bajas, para, a continuación, examinar como se refleja en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la obligada incorporación del contenido de dichas Directivas en este extremo concreto a la legislación española.

2. La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas normalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de

determinar su posible cumplimiento. El artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, con redacción prácticamente idéntica, después de mencionar los criterios en que puede basarse la adjudicación del contrato -el de precio más bajo o subasta en la terminología de la legislación española y el de la oferta más ventajosa económicamente con arreglo a distintos criterios o concurso en nuestra regulación- establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas. Resulta así incuestionable que en las Directivas comunitarias las ofertas anormalmente bajas pueden darse tanto en el concurso como en la subasta, ya que los reseñados preceptos, después de admitir que se puedan tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía o ahorro del procedimiento de construcción o proceso de fabricación, a las soluciones técnicas adoptadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, el suministro de productos o la prestación del servicio y a la originalidad del proyecto o del suministro, aclara que si en el pliego de condiciones se previera la adjudicación a la oferta más baja, la entidad adjudicadora comunicará a la Comisión las ofertas rechazadas.

3. La finalidad que persigue la regulación comunitaria de las ofertas anormalmente bajas -de evitar su rechazo automático- y los medios concretos para ello -realizar las comprobaciones y verificaciones oportunas- aparecen incorporados al artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece la posibilidad de adjudicar el contrato a proposiciones incursas en presunción de temeridad siempre que, previos los informes y comprobaciones oportunas se estime que la proposición es susceptible de cumplimiento a satisfacción de la Administración. Este extremo del artículo 84 de la Ley, aunque se incluye en la regulación de la subasta (Subsección 2ª;, Sección 2ª;, Capítulo VII, Título III, Libro I) resulta aplicable al concurso no solo por la prescripción contenida en el artículo 91 de la misma Ley que establece que "los preceptos relativos a la celebración en la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación", sino también y fundamentalmente porque mediante la aplicación de la norma examinada al concurso, nuestra legislación se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, lo cual constituye una consecuencia inexcusable de nuestra pertenencia a la Unión Europea

4. Solución contraria, es decir, de signo negativo, ha de ser mantenida en cuanto a la concreta aplicación al concurso de la regla contenida en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado al establecer que se considerará en principio como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, dado que, el carácter no homogéneo de las proposiciones presentadas en los concursos, en relación con los diversos criterios de adjudicación establecidos en el pliego, impide la aplicación del criterio matemático establecido para supuestos en que el único criterio de adjudicación es el del precio como ocurre en la subasta.

Debe observarse que con ello no se mantiene la derogación, en este extremo, del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado lo cual estaría en contradicción con el reconocimiento de su vigencia que realizan el artículo 23 y la disposición derogatoria única del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que únicamente se sostiene que la regla de dicho artículo 109 no resulta aplicable al concurso, con lo que entra en juego la salvedad del artículo 91 de la Ley que exceptúa de la aplicación al concurso lo que sea exclusivamente aplicable a la forma de adjudicación de la

subasta y permite mantener en este extremo concreto la vigencia del artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto considera de no aplicación al concurso del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Lo indicado en este apartado no constituye obstáculo, sin embargo, para que a través de los pliegos del concurso y mediante el juego obligado de criterios objetivos y de su ponderación a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se introduzca un sistema que, respetando siempre el principio de imposibilidad de su rechazo automático, permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas, resultando innecesario destacar, por obvio, que un futuro desarrollo reglamentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrá abordar la regulación de las ofertas anormalmente bajas o bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos al amparo de la remisión que a estas normas reglamentarias realiza el artículo 84.3 para la fijación de criterios objetivos para la apreciación del carácter desproporcionado o temerario de las bajas.

5. La inaplicabilidad al concurso del criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado determina que resulte ocioso plantearse si procede o no exigir al adjudicatario una garantía definitiva equivalente al importe total del contrato, consecuencia prevista en los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la sencilla y exclusiva razón de no concurrir el presupuesto de hecho del que parten los mencionados artículos, que no es otro que el de la adjudicación a una oferta cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y, que, como hemos razonado resulta inaplicable al concurso.

6. El presente informe debe concluir con una alusión al procedimiento negociado, al que también se refiere el escrito de consulta, para indicar la inaplicación al mismo, ya sea con publicidad o sin publicidad, de las reglas sobre bajas temerarias o desproporcionadas, pues siendo la esencia de este procedimiento de adjudicación, equivalente a la antigua contratación directa, como destaca el artículo 47 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en dicho procedimiento se consultan y negocian los términos del contrato, entre ellos como fundamental el precio, sin que las ofertas a que se refiere el artículo 93 de la propia Ley puedan ser equiparadas en absoluto a las proposiciones a que se refiere el artículo 80, carece de sentido plantear la posibilidad de aplicación al procedimiento negociado de las reglas sobre bajas temerarias o desproporcionadas establecidas en la normativa aplicable a la subasta, sin que la circunstancia de ser obligatoria la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas desnaturalice la esencia del procedimiento negociado.

En definitiva, respecto al procedimiento negociado, con o sin publicidad, hay que destacar que no existe norma similar a la del artículo 91 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que permite aplicar al concurso reglas de la subasta, ya que el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia coincidente con el de la Ley de Contratos del Estado, supone separar dos procedimientos -abierto y restringido- con dos formas de adjudicación -subasta y concurso- y un tercer género constituido por el procedimiento negociado, en el que, por su esencia, existe incompatibilidad absoluta con las reglas de la subasta y del concurso, aunque éstas últimas resulten por la remisión que hace el artículo 91 a las primeras.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que de conformidad con las Directivas comunitarias y el artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los concursos, resulta imposible el rechazo automático de proposiciones desproporcionadas o temerarias, por esta sola circunstancia, sin comprobar o verificar su posible cumplimiento.

2. Que no obstante lo anterior no resulta aplicable al concurso, por su especial naturaleza, el criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado para apreciar la temeridad o desproporcionalidad de proposiciones, por lo que, en este extremo, debe considerarse vigente el artículo 114 del mismo Reglamento.

3. Que al faltar el presupuesto de hecho determinante de la aplicación de los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta exigible al adjudicatario la garantía definitiva por el importe total del contrato prevista en los citados artículos.

4. Que en los pliegos de los concursos, mediante el juego de los criterios objetivos para la adjudicación y su obligada ponderación, podrán establecerse sistemas para valorar adecuadamente las proposiciones temerarias o desproporcionadas.

Informe 19/96, de 5 de junio de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Expresión de criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la calificación de un contrato como de gestión de servicios públicos efectuada por el órgano de contratación.

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente de la Federación Española de Asociaciones de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos (TECNIBERIA) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

> *"La Ley 13/95 de Contratos de las AA.PP. considera contratos administrativos, entre otros, los de gestión de Servicios Públicos y los de asistencia técnica (Art. 5.1). Para los segundos se exige clasificación administrativa en los casos previstos en el Art. 25 y s.s., mientras que este requisito no es necesario para los primeros.*
>
> *El Excmo. Ayto. de Badajoz ha convocado y celebrado un concurso bajo la modalidad de concierto de Gestión de servicios Públicos, titulado "Desarrollo de la Iniciativa Comunitaria Urban Plaza Alta". Se remite adjunto el P.P.T. que rige dicho concurso, para el que no se requirió clasificación administrativa, consecuentemente con el párrafo anterior.*
>
> *Sin embargo, las acciones a realizar para el cumplimiento de dicho concierto indican a nuestro juicio que se trata de asistencia técnicas (apartado A del adjunto PPT). Por ello, y dado que el importe total del concurso tiene 5 anualidades de 36,2 millones de ptas. cada una, hubiera debido solicitarse clasificación administrativa a los licitantes.*
>
> *Así lo apreció uno de ellos, que en el acto de apertura hizo constar este requerimiento. Elevado a la consideración del Sr. Secretario del Ayuntamiento, el dictamen de éste ha sido considerar innecesaria la clasificación por estimar que se trata de gestión de servicios públicos.*
>
> *Se da la circunstancia de que la empresa pre-adjudicataria es la única de los licitantes que no ha presentado certificado de clasificación, quizá por carecer de él.*
>
> *El objeto de esta comunicación es solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dictamen acerca de si el concurso en cuestión es o no una asistencia técnica. En el primer caso sería necesaria clasificación, y si así fuera, desearíamos también conocer el tipo y nivel de la misma que sería exigible.*
>
> *La importancia de esta solicitud se acrecienta para nosotros al considerar que idénticas iniciativas comunitarias van a desarrollarse en otras ciudades españolas."*

2. Al anterior escrito se acompaña documento en fotocopia del que se denomina "pliego de prescripciones técnicas para la realización de concierto para la gestión de servicios públicos de desarrollo de la iniciativa comunitaria Urban Plaza Alta"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de proceder a la emisión de informe sobre la cuestión de fondo suscitada -la calificación del contrato convocado y celebrado por el Ayuntamiento de Badajoz y la procedencia o no de exigir clasificación a las empresas concurrentes- resulta procedente realizar ciertas consideraciones sobre las funciones de la Junta Consultiva

de Contratación Administrativa, en relación con la contratación administrativa de las Entidades Locales, en este caso concreto, del Ayuntamiento de Badajoz y en relación con la documentación remitida a esta Junta, pues tales consideraciones pueden influir decisivamente en la determinación de la procedencia o no de emitir el informe solicitado.

2. La Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aparte de su aplicación íntegra a la Administración General del Estado, se aplica igualmente a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Entidades que integran la Administración Local, sin perjuicio de los aspectos "no básicos" en los que pueden entrar en juego la regulación que puedan establecer las respectivas Comunidades Autónomas y sin perjuicio de los aspectos "organizativos" de la contratación que, con determinadas excepciones que al respecto no interesan, corresponden a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, todo ello según resulta del artículo 1 y de las disposiciones finales primera y segunda de la indicada Ley.

Resulta así que las facultades de contratación, entre las que se incluye las previas de calificación del contrato, de elaboración de pliegos y la exigencia o no de clasificación corresponden en exclusiva a los órganos de contratación de las Entidades Locales, en particular en el caso consultado, del Ayuntamiento de Badajoz, sin que contra sus decisiones quepa interponer recurso alguno ante la Administración del Estado, ni de las Comunidades Autónomas, sino simplemente, por aplicación del artículo 7.2 de la Ley ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, ante el que las empresas interesadas habrán de impugnar, en caso de disconformidad, los correspondientes pliegos, en particular en los puntos debatidos de calificación del contrato y procedencia o no de la exigencia de clasificación.

Si del terreno de las facultades de contratación pasamos al de la función consultiva se obtiene una conclusión paralela, pues debe observarse que el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas caracteriza a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa, sin ligar su función a las Comunidades Autónomas, a las que, por el contrario, reconoce el mismo artículo la posibilidad de crear Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, ni a las Entidades Locales, a las que, por el principio constitucional autoorganizativo (artículo 140 de la Constitución) habrá que reconocer, sin necesidad de declaración expresa, la misma posibilidad.

Se impone así como primera conclusión que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa carece de competencia general para emitir informes en relación con los contratos de las Entidades Locales, criterio que, resultante de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, indirectamente viene confirmado por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, después de abordar los aspectos organizativos y de funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como órgano consultivo de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos y demás Entes públicos estatales, admite en el artículo 17 que puedan solicitar informe de la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades Locales, lo que se justifica en el preámbulo del Real Decreto como "una consecuencia del principio de colaboración entre las Administraciones Públicas que puede hacerse especialmente conveniente en razón a las especificidades técnicas de la normativa básica del Estado en materia de contratos administrativos", confirmando tal supuesto excepcional -el de petición de informe por los Presidentes de las Entidades Locales- que la regla general, en cuanto no concurra este presupuesto de hecho, sigue siendo el de falta de competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para emitir informes en relación con los contratos de Entidades Locales.

3. Sin perjuicio de lo anterior, aunque en cierto modo relacionado con ello y a mayor abundamiento, hay que destacar que no ha sido remitido a esta Junta por el Ayuntamiento de Badajoz el expediente de contratación que permitiría formarse un juicio más completo sobre el objeto del contrato, pues únicamente se aporta por la Asociación consultante una fotocopia no cotejada del pliego de prescripciones técnicas, no del pliego de cláusulas administrativas particulares, ni de la vinculación del contrato a las iniciativas comunitarias, que, insistimos, permitirían un conocimiento más completo del objeto del contrato, para pronunciarse, si fuera competencia de esta Junta, sobre su adecuada calificación.

Informe 20/96, 30 de mayo de 1996. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Consideración de causa de abstención en decisiones sobre contratación o causa de prohibición para contratar respecto de representantes de Ayuntamientos en órganos de administración de empresas con participación pública en su capital.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Huesca se dirige a esta Junta Consultiva de Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Esta Corporación Provincial solicita informe a esa Junta sobre el asunto que a continuación se expone, surgido como consecuencia de consultas formuladas por Ayuntamientos de esta Provincia.

El artículo 44 de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorro, aprobada por las Cortes de Aragón establece que los Consejeros Generales de la Asamblea General, en cuanto órgano supremo de gobierno de las Cajas de Ahorro, serán designados, entre otros, en representación de los Ayuntamientos de las zonas de actuación de aquéllas. Igualmente, del artículo 52 de la citada ley se desprende que, del Consejo de Administración, en cuanto órgano delegado de la Asamblea General al que corresponde el gobierno, gestión, administración y representación de la Caja, podrán formar parte representantes de las Corporaciones Municipales.

De acuerdo con lo señalado, esta Corporación solicita a esa Junta informe acerca de:

1.- La existencia de causa de abstención de un corporativo en la votación en Pleno de una contratación a la que concurre una Caja de la que forma parte de su Consejo de Administración en su calidad de miembro de un ayuntamiento de los que estén en su zona de actuación.

2.-

a) La existencia de prohibición para contratar con una Entidad Local de una empresa participada por otra de la que forma parte de su Consejo de Administración un corporativo en representación, a su vez, de una Caja, accionista mayorista de esta última; y siendo representante de la Caja en su condición de miembro del Consejo de Administración de ésta, del que forma parte en su calidad de miembro de Corporación Local que está en la zona de actuación de la Caja.

b) La existencia de causa de incompatibilidad en el Corporativo para ser miembro del Consejo de Administración de la empresa participada por la Caja de la que, a su vez, es miembro del Consejo de Administración por su calidad de tal.

c) En su caso, la existencia de causa de abstención del corporativo en la votación en Pleno de la contratación a la que concurre la empresa participada por otra de la que es miembro de su Consejo de Administración, en representación de la Caja, accionista mayoritario de esta última; y siendo,

asimismo, miembro del Consejo de Administración de la Caja el corporativo por su calidad de tal."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones concretas planteadas en el escrito del Presidente de la Diputación Provincial de Huesca, conviene realizar algunas consideraciones generales, reiterando criterios de esta Junta, ante supuestos de hecho muy similares que fueron objeto de consulta por la propia Diputación, en cuanto se consideran que pueden servir de pauta orientativa en cuanto a las concretas cuestiones suscitadas.

2. En su informe de 16 de febrero de 1994 (Expediente 3/94) ante esta Junta se planteaba, por la propia Diputación Provincial de Huesca, la cuestión de si existía incompatibilidad para celebrar contratos entre un Ayuntamiento y una Caja de Ahorros de cuyo Consejo de Administración e, incluso de la Asamblea General, formase parte, por razón de su cargo, un miembro de la Corporación municipal incluida en la zona de actuación de la Caja.

La conclusión a la que se llegaba era la de que "el dato negativo de la inexistencia de norma impeditiva y el dato positivo de preceptos y criterios que contempla la situación en sentido permisivo permiten afirmar que la circunstancia de que formen parte de las Asambleas Generales y Consejos de Administración de Cajas de Ahorro representantes de un Ayuntamiento no impiden la celebración de contratos entre ambos por causa de incompatibilidad, teniendo en cuenta que tal representación está prevista en los artículos 44 y 52 de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorros, aprobada por las Cortes de Aragón".

Como argumentos que apoyaban la conclusión sentada se exponían los siguientes:

"- El citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado en la redacción dada al mismo por el artículo 5 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, considera como circunstancia determinante de prohibición de contratar el "estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos o de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General".

- Ninguna de las disposiciones reseñadas en el apartado transcrito considera causa de incapacidad para contratar la circunstancia que expresamente se consulta - la que puede afectar a Cajas de Ahorro de cuyo Consejo de Administración o Asamblea General formen parte miembros del Ayuntamiento contratante - sino que, por el contrario, existen preceptos concretos que prevén esta posibilidad, para exceptuarla de la situación de incompatibilidad.

- La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aplicable por expresa dicción de su artículo segundo apartado 1.c) al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes, prevé, en su artículo 8º, que el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley pertenezca, en representación del sector público, a Consejos de Administración u órganos de gobierno de Entidades o Empresas públicas o privadas, sin que las limitaciones que el mismo precepto establece, relativas a la percepción exclusiva de dietas o

indemnizaciones, a la cuantía de las mismas y a la prohibición de pertenecer sin autorización a más de dos Consejos de Administración y órganos de gobierno, puedan producir, por su incumplimiento, la prohibición de contratar de la empresa afectada, sin perjuicio de las correcciones a que pueda dar lugar y, por tanto, puede afirmarse que tales limitaciones deben jugar al margen de la solución que se da a la cuestión suscitada.

- En el mismo sentido, aunque no resulte directamente aplicable a la Administración Local, pero por ser revelador de un criterio general en materia de incompatibilidades, debe citarse el artículo sexto de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos que, en sus apartados 1.a) y 1.b), prevé que los titulares de los mismos puedan ostentar aquellos cargos que les correspondan con carácter institucional o para los que fueren designados por su propia condición y que representen a la Administración en los órganos colegiados directivos o Consejo de Administración de organismos o empresas con capital público, sin que tampoco las limitaciones que el propio artículo establece, análogas a las fijadas para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, puedan tener influencia en la resolución de la cuestión planteada.

- En la misma línea argumental, debe citarse el informe de esta Junta Consultiva de 20 de junio de 1985 (Expediente 3/1985), en el que, con ocasión de la consulta sobre la imposibilidad de contratar con la Administración una empresa de cuyos Consejo de Administración y plantilla formaban parte funcionarios de un Organismo autónomo, se realizaban consideraciones muy similares a las del presente informe sentándose la conclusión de que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Estado, Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de altos cargos y Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas no constituye causa de incapacidad para contratar con la Administración del Estado y sus Organismos autónomos la circunstancia de que formen parte del Consejo de Administración o del personal de plantilla de una Sociedad de capital público, personal al servicio de las Administraciones Públicas, sean o no titulares de altos cargos. En dicho informe se señalaba, además, la contradicción del apartado 2.d) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, con el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, al exigir el primer artículo citado a las empresas consultoras o de servicios el requisito de "no ser dueño o directivo, ni figurar en la plantilla de la empresa consultora o de servicios, funcionario en activo del Departamento ministerial u Organismo autónomo interesado en el contrato de asistencia" lo que motivó la modificación por Real Decreto 597/1986, de 2 de febrero, del artículo 2º del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, cuyo apartado b), en su nueva redacción, se limita a remitirse al artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y a las normas sobre incompatibilidades que en el mismo se citan.

- La cita del informe de esta Junta de 20 de junio de 1985 viene, por tanto, a confirmar el criterio reiterado de que no constituye causa de incompatibilidad, por si misma, la circunstancia de que de Consejos de Administración u órganos de gobierno formen parte altos cargos o funcionarios de la respectiva Administración."

Las consideraciones anteriores conservan plena validez a pesar de que la referencia al apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado tiene que ser sustituida por la del artículo 20, apartado e) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y la de los apartados 1.a) y 1.b) del artículo sexto de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos por la del artículo 1.a) y 1.d) de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, ya que la nueva normativa sobre incompatibilidades para contratar contiene escasas y no significativas innovaciones en relación con la

legislación anterior en el extremo concreto a que hacía referencia el informe de esta Junta de 16 de febrero de 1994, cuya conclusión y argumentaciones han quedado transcritas.

3. Con arreglo al criterio general señalado de inexistencia de incompatibilidad de un Concejal para formar parte del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros en su calidad de representante del Ayuntamiento, pueden ser resueltas las cuestiones planteadas, en el escrito de consulta consistiendo la primera en determinar si existe causa de abstención de un corporativo en la votación del Pleno de una contratación a la que concurre una Caja de la que forma parte de su Consejo de Administración, en su calidad de miembro del Ayuntamiento.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no aborda directamente la regulación de las causas de abstención y recusación, sino que se remite simplemente a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al señalar en su artículo 12.5 que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los términos previstos en los citados artículos. Por su parte el artículo 28.2.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, único que podría ser aplicado en el presente caso en los términos en que se formula la consulta, considera causa de abstención el tener interés personal en el asunto o ser administrador de sociedad o entidad interesada.

De la redacción de estos preceptos - artículo 12.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo y 28.2.a) de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre - que se aplican a todas las Administraciones Públicas según se deduce de la disposición final primera segundo guión de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y del artículo 1º de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, se deduce una conclusión negativa en cuanto a la cuestión suscitada por las siguientes razones:

En primer lugar por no poder entrar en juego la circunstancia de tratarse de administrador de sociedad o entidad interesada, ya que si, conforme a lo indicado, la normativa vigente permite tal posibilidad, resultaría absurdo, imponer un deber de abstención que, en parte, haría ineficaz la representatividad de Autoridades y Altos Cargos, en el presente caso miembros de la Corporación municipal, en los Organismos o Entidades para los que son designados por razón de sus cargos, en este caso, en las Cajas de Ahorros.

También debe ser descartado, con mayor rotundidad, que pueda entrar en juego el interés personal del miembro corporativo por la sola circunstancia de ser representante de un Ayuntamiento en una Caja de Ahorros, pues, en estos casos, el interés nunca será personal sino del Ayuntamiento y de la Caja, y en los supuestos excepcionales en que tal interés personal pudiera concurrir, lo sería con independencia de la pertenencia simultánea al Ayuntamiento y a la Caja y se referirá, obviamente, a contratos distintos de los que aquí se plantean, pudiendo dar lugar a la abstención o recusación del corporativo no en contratos entre el Ayuntamiento y la Caja, sino en contratos entre el Ayuntamiento y el corporativo o sociedades de las que forme parte con independencia del cargo en el respectivo Ayuntamiento, lo que - insistimos - no hace referencia al supuesto de hecho contemplado sobre el que se formula la consulta.

Finalmente ha de hacerse constar que la finalidad que persigue el establecimiento de la incompatibilidad, sobre todo, en casos como el presente, de órganos colegiados, - el conflicto de intereses en la actuación del corporativo como miembro del Ayuntamiento y perteneciente al Consejo de Administración de una Caja de Ahorros -, difícilmente podrá ser tomada en consideración en la adjudicación de contratos, ya que si ésta se produce contrariando los principios de objetividad, igualdad y libre concurrencia característicos de la contratación administrativa, la irregularidad de la

adjudicación y su posible impugnación se basará en esta circunstancia, más que en una hipotética incompatibilidad de un miembro del Ayuntamiento contratante.

4. Lo hasta aquí razonado permite resolver las restantes cuestiones suscitadas pues, a pesar de su compleja redacción, la única variante que se introduce en relación con el supuesto anterior es la de que, en lugar de una Caja de Ahorros, se formula la consulta de la existencia de incompatibilidad y concurrencia de causa de abstención respecto de una sociedad participada mayoritariamente por dicha Caja de Ahorros.
La doble circunstancia de ser mayoritaria la participación de la Caja de Ahorros y de que el miembro de la Corporación local sea nombrado del Consejo de Administración de la sociedad participada por su condición de miembro del Consejo de Administración de la Caja y, en definitiva, por su condición de miembro de la Entidad Local, permite reproducir los argumentos expuestos en cuanto a la inexistencia de incompatibilidad por cuanto se trata de una situación en la que no existe norma impeditiva alguna y por la interpretación restrictiva de las incapacidades y prohibiciones de contratar y en cuanto a la inexistencia de causa de abstención, por no poder detectarse la concurrencia de la misma (interés personal o administrador de sociedad o entidad interesada) y por la finalidad que cumple la existencia de incompatibilidades en la contratación administrativa, en el caso especial de actuación de órganos colegiados.

CONCLUSIONES
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reiterando criterios de anteriores informes, entiende:
1. Que no concurre causa de prohibición de contratar por incompatibilidad entre un Ayuntamiento y una Caja de Ahorros por la circunstancia de que un miembro corporativo de aquel, por su condición de tal, forme parte del Consejo de Administración de la última.

2. Que por esta misma circunstancia no se aprecia la concurrencia de una causa de abstención de las previstas en el artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Que por idénticas razones, las mismas conclusiones deben ser mantenidas en el supuesto de que, en lugar de una Caja de Ahorros, se trate de una sociedad participada mayoritariamente por la misma.

Informe 26/96, de 30 de mayo de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Criterios respecto de los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, publicidad de las adjudicaciones, actuación de la Mesa de Contratación cuando solo existe una empresa ofertante, adquisiciones de bienes incluidos en el catálogo de bienes declarados de uso común por la Administración.

ANTECEDENTES

Por el Director del Instituto Cervantes, entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la consulta elaborada por la Dirección de Administración del propio Instituto redactada en los siguientes términos:

"El Instituto Cervantes es una entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, creada por Ley 7/1991, de 21 de marzo, cuyos fines son promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español, así como contribuir a la difusión de la cultura en el exterior, desarrollándose en este ámbito territorial la mayor parte de nuestra actividad contractual.

Con el fin de aclarar determinadas dudas derivadas de la aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe a esa Junta Consultiva en relación con las siguientes cuestiones:

** ¿Es obligatorio la solicitud de declaración de no hallarse incurso en las prohibiciones del art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para las empresas pertenecientes a la Comunidad Europea, en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero?.*

** ¿Es necesaria la publicidad en el B.O.E. de las adjudicaciones de contratos, cuya convocatoria no ha sido publicada en el mismos? (Ej.: contrato adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad).*

** ¿Es preceptiva la intervención de la Mesa de Contratación en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, adjudicados por procedimiento negociado?.*

** ¿La publicidad que preceptúa el art. 117.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas implica la necesidad de publicar tales contratos en el B.O.E.?.*

** ¿Es obligatoria la exigencia de clasificación, en los supuestos en que la misma sea requerida a empresas españolas, para las empresas extranjeras no comunitarias?.*

** ¿Es necesario que sea la Mesa de Contratación la que formule la propuesta de adjudicación, cuando el procedimiento de adjudicación sea el negociado sin publicidad, debido a que solo existe un empresario que pueda ejecutar el contrato?.*

** ¿Existe alguna excepción, por razón de la escasa cuantía, a la obligatoriedad de adquirir los equipos informáticos a través de la Subdirección General de Compras?.*

** ¿Es obligatoria la adquisición de todos los bienes que incluyen los catálogos a través de la Subdirección General de Compras? (Ej.: Cursos de formación).*

Finalmente señalar el problema detectado, en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, en cuanto a los pagos anticipados en determinados contratos de suministro, dado que en la mayoría de los estados no es habitual la constitución de garantía que cubra el anticipo, haciendo a veces imposible encontrar un suministrador.

Asimismo, pueden plantear problemas de jurisdicción competente los supuestos, que en virtud de la aplicación del art. 117.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, presenta la siguiente situación: Empresario español; legislación aplicable: la extranjera; jurisdicción competente: la española.

Nos gustaría conocer la opinión de esa Junta Consultiva, en cuanto a la posibilidad e encontrar soluciones alternativas a estas dos cuestiones."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para una ordenación sistemática del estudio y solución a las preguntas formuladas pueden ser agrupadas según hagan referencia a cuestiones de capacidad y solvencia de las empresas; a actuaciones de la Mesa de contratación; a publicidad de licitaciones y adjudicaciones; a adquisiciones a través del Servicio Central de Suministros; a garantías en los supuestos de pagos anticipados y a problemas de jurisdicción competente.

Sin embargo, con carácter previo a abordar el estudio de cada una de las cuestiones suscitadas, debe serlo el del carácter de la regulación contenida en el artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto el mismo puede servir de valioso elemento interpretativo para llegar a las conclusiones que se propugnan en relación con las cuestiones suscitadas.

Consciente el legislador de las dificultades de determinar el régimen jurídico de los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, derivadas de la necesidad de conciliar los preceptos de las distintas legislaciones aplicables a estos contratos (la legislación española y la del país en el que el contrato se celebre y ejecute) se ha limitado, en el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a establecer una serie de reglas dotadas de cierta flexibilidad y a declarar, en su apartado 1, que la aplicación de estas reglas se entiende "sin perjuicio de tener en cuenta los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que, en su aplicación puedan presentarse". Con esta indicación previa y general se quiere resaltar que el carácter flexible de gran parte de las reglas del artículo 117 de la Ley y la circunstancia de que dicho artículo remite, no a preceptos concretos, sino a los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse, permite una interpretación alejada de rigideces, en todos los supuestos en que no aparezca una regla que taxativamente resuelva la cuestión suscitada, como sucede, precisamente por suscitar dudas interpretativas, con las que se someten a la consideración de la Junta.

2. En cuanto a las cuestiones de capacidad y solvencia se consulta expresamente si a las empresas pertenecientes a la Comunidad Europea (sin hacer distinción entre españolas y las pertenecientes al resto de países comunitarios) se les debe exigir la declaración de no hallarse incursas en las prohibiciones del artículo 20 de la Ley y si es obligatoria la exigencia de clasificación a las empresas extranjeras, no comunitarias, en los supuestos en que la misma sea requerida a empresas españolas.

Ambas cuestiones tienen que ser resueltas sobre la base de lo dispuesto en el artículo 117, apartado 1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, después de establecer la salvedad de los requisitos de capacidad que puedan exigir las leyes del Estado en que se celebre el contrato, aspecto que carece de interés a

efectos del presente informe, añade que "para determinar las condiciones de capacidad y solvencia de las empresas españolas y de las pertenecientes al resto de Estados miembros de la Comunidad Europea, se estará a lo dispuesto en esta Ley".

No debe existir duda alguna de que, a los efectos de este artículo y apartado, entre las condiciones de capacidad y solvencia de las empresas para contratar con la Administración, se encuentra la de no hallarse incursas en causas determinantes de prohibición de contratar previstas en el artículo 20 de la Ley, por lo que la acreditación de esta circunstancia negativa, por los medios previstos en el artículo 21.5, habrá de exigirse, tanto a las empresas españolas, como al resto de empresas comunitarias, pues a ambas se refiere la regla del artículo 117, apartado 1.b) con remisión al resto de los artículos de la Ley que tratan de las condiciones de capacidad y solvencia, debiendo advertirse que, además de la declaración responsable u otro medio de acreditar la inexistencia de causa determinante de la prohibición de contratar, las empresas españolas y las restantes comunitarias habrán de acreditar los requisitos de capacidad y solvencia con aplicación de los artículos 15 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el artículo 4 y siguientes del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la anterior.

En cuanto a la exigencia de clasificación a empresas extranjeras no comunitarias, hay que tener en cuenta que a las mismas no se refiere el artículo 117.1.b) para remitir, al resto de la Ley, la regulación de las condiciones de capacidad y solvencia. Si a esta circunstancia se añade el criterio interpretativo de flexibilidad que debe utilizarse en relación con el artículo 117, fácilmente puede concluirse que el requisito de la clasificación no será exigible a empresas extranjeras no comunitarias en contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, siendo elemento decisivo de la solución que se apunta la imposibilidad o extraordinaria dificultad de que, en estos casos, las empresas extranjeras no comunitarias puedan obtener en España la correspondiente clasificación.

Por otra parte, el artículo 6 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley viene a confirmar esta interpretación, pues, sin referirse ni aludir al requisito de la clasificación, indica que la capacidad de empresas extranjeras, no comunitarias, ni firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se acreditará mediante certificación expedida por la respectiva representación diplomática española en la que hagan constar que figuran inscritas en el Registro local, profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato. Tal precepto reglamentario interpretado conjuntamente con el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permite insistir en que, en los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, aparte de las condiciones de capacidad exigidas en las leyes del Estado en que se celebre el contrato, las empresas extranjeras habrán de acreditar la inscripción o el tráfico habitual a que se refiere el citado artículo 6 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, sin que resulte exigible el requisito de la clasificación.

3. En relación con la actuación de la Mesa de contratación se consulta si es preceptiva su intervención en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, adjudicados por procedimiento negociado y si es necesario que sea la Mesa de contratación la que formule la propuesta de adjudicación cuando se utilice el procedimiento negociado, debido a que solo existe un empresario que pueda ejecutar el contrato.

La consulta relativa al carácter preceptivo de la intervención de la Mesa en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero ha de ser resuelta en sentido negativo, si se tiene en cuenta que por celebración del contrato, en el sentido utilizado por el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de entenderse adjudicación del mismo y en los casos en que tenga lugar en el extranjero resultara imposible, o al menos sumamente difícil, la constitución de la Mesa con los componentes que se detallan en el artículo 82 de la Ley y en el artículo 22 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la misma. A esta conclusión

conduce la interpretación del artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con el criterio de flexibilidad en el que venimos insistiendo, pues dicho artículo 117 no se refiere para nada a la Mesa de contratación y únicamente establece reglas concretas para la regulación de determinados aspectos, resultado de su apartado que tendrán en cuenta los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse, siendo evidentemente distinta la toma en consideración de principios de la Ley que la aplicación de sus preceptos y disposiciones.

La misma conclusión obviamente debe ser mantenida en cuanto a la necesidad de que la Mesa de contratación formule propuesta de adjudicación en el procedimiento negociado con un solo empresario, si el contrato se celebra y ejecuta en el extranjero. No obstante, debe simplemente advertirse, dado que tal extremo no es objeto de consulta, que la conclusión debe ser la opuesta en el caso de contratos que no se celebren y ejecuten en el extranjero, sino en España, pues la de existencia de un solo empresario no constituye argumento que sirva para desvirtuar la preceptiva intervención de la Mesa de contratación que resulta del artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. En relación con la publicidad se suscitan las cuestiones de si es necesaria la publicidad de adjudicaciones en el Boletín Oficial del Estado, si la convocatoria de licitación no ha sido publicada en el mismo y si la publicidad que preceptúa el artículo 117.4 de la Ley implica la necesidad de publicar tales contratos en el Boletín Oficial del Estado.

La publicidad de adjudicaciones se regula en el artículo 94 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que la impone con carácter preceptivo para todos los contratos que se adjudiquen por importe igual o superior a 5.000.000 de pesetas, sin que se establezca ninguna excepción para los contratos, que previamente a su celebración, no hayan sido objeto de anuncio, sin que resulte procedente, a estos efectos, realizar distinción alguna entre contratos celebrados en el extranjero o en territorio nacional, dado que tal distinción no tendría apoyo en norma concreta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni en sus disposiciones de desarrollo.

En cuanto al artículo 117.4 relativo a la publicidad comunitaria de los contratos que se celebren y ejecuten en los Estados miembros de la Comunidad Europea, si bien es cierto que este artículo y apartado expresamente hace referencia a la "publicidad comunitaria", también lo es que se refiere a una sola especialidad de la publicidad para contratos de cuantía igual o superior a la que fijan las Directivas comunitarias, pero no afecta a las restantes normas de publicidad de la Ley, entre ellas, como hemos indicado anteriormente, las de publicidad de adjudicaciones y, como indicamos ahora, las de publicidad exclusiva en el Boletín Oficial del Estado, para los contratos inferiores a los umbrales o las de la publicidad compartida también en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas para los contratos de cuantía igual o superior a los umbrales comunitarios.

Esta última conclusión, que responde a la cuestión expresamente consultada, tiene un apoyo, además, en la finalidad que persigue la publicidad en el Boletín Oficial del Estado en los casos en que procede la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que no es otra que la de evitar discriminaciones entre los empresarios nacionales y los restantes comunitarios y que debe seguir pesando cuando los respectivos contratos se celebren y ejecuten en el extranjero, pues la falta de publicación en el Boletín Oficial del Estado implicaría una discriminación negativa, a estos efectos de publicidad, para los empresarios españoles en relación con los restantes empresarios comunitarios.

5. En cuanto a las cuestiones suscitadas en relación con el Servicio Central de Suministros, hay que entender que las mismas se plantean en relación con contratos no sujetos al artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, que no se celebren y ejecuten en el extranjero, pues para estos últimos resulta

ocioso plantearse la posibilidad de celebrar contratos de suministro prescindiendo del sistema establecido para el Servicio Central de Suministros, dado que el propio artículo 117 en su apartado 1.a) se remite, en cuanto a la competencia para adjudicar los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley, sin hacer mención alguna del artículo 184 de la propia Ley del que resulta la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado para la adquisición de determinados bienes, a través del Servicio Central de Suministros.

Tratándose de contratos que no se celebren y ejecuten en el extranjero la posición del Instituto Cervantes es idéntica a la de las restantes Entidades públicas estatales al ser estas últimas expresamente citadas en el artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por tanto, quedará sujeto a las adquisiciones a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado (Servicio Central de Suministros) con las excepciones que, independientemente de las que se fijen en lo sucesivo, resultan del Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo, que, con las necesarias adaptaciones a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que sustituye al artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado que expresamente cita, debe considerarse no derogado por la disposición derogatoria de la propia Ley.

6. Otra cuestión suscitada en el escrito de consulta del Instituto Cervantes es la relativa a la constitución de garantía por el adjudicatario que cubra los anticipos en determinados contratos de suministro a que se refiere el artículo 117.1.g) de la Ley. En concreto se solicita la opinión de esta Junta en cuanto a la posibilidad de encontrar soluciones alternativas a la constitución de garantía, dado -se dice- que en la mayoría de los Estados no es habitual la constitución de garantía que cubra el anticipo, haciendo a veces imposible encontrar un suministrador.

A juicio de esta Junta, sin necesidad de acudir a soluciones alternativas, resulta suficiente aplicar el criterio interpretativo de flexibilidad del artículo 117, cuyo apartado 1.g) sienta la regla general de que el pago del precio se condicionará a la entrega por el contratista de la prestación convenida, y sólo en el caso de que ello se oponga al derecho o costumbres del Estado en que se celebre el contrato, establece que se deberá exigir garantía que cubra el anticipo, con lo que, al no precisar en que consiste esta garantía, deja en libertad al órgano de contratación para admitir cualquier forma que, a su juicio, garantice la devolución del anticipo en el caso en que no se efectúe la entrega de la prestación convenida, que es la finalidad del precepto y de la constitución de garantía.

7. Por último, también a efectos de que se indique una solución alternativa, el escrito de consulta se plantea el problema de jurisdicción competente por aplicación del artículo 117.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al poder darse la situación de empresario español, legislación aplicable la extranjera y jurisdicción competente la española.

El supuesto planteado en el escrito de consulta es difícil que se plantee en la práctica, dado que a los empresarios españoles, conforme al artículo 117 de la Ley les podrá afectar sólo la normativa extranjera en cuanto a condiciones de capacidad y solvencia que se exijan en las leyes del Estado en el que se celebre el contrato. En cualquier caso, siendo un problema ajeno a la contratación administrativa la aplicación por tribunales españoles de legislación extranjera, su carácter general determina que deba ser resuelto con arreglo a normas y criterios también generales, entendiendo esta Junta que no pueden suscitarse las dificultades que se apuntan en el escrito de consulta del Instituto Cervantes.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto y como resumen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con las cuestiones suscitadas por el Instituto Cervantes, en relación con la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, entiende lo siguiente:

1. Que la acreditación de no hallarse incursa la empresa en causas de prohibición de contratar debe exigirse a las empresas españolas y a las pertenecientes al resto de países comunitarios, sin que, por el contrario, el requisito de la clasificación pueda exigirse a las empresas extranjeras no comunitarias.
2. Que no resulta preceptiva la actuación de la Mesa de contratación en los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero.
3. Que las adjudicaciones de contratos han de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, cuando el importe de la adjudicación sea igual o superior a 5.000.000 de pesetas, independientemente de que no se haya publicado anteriormente anuncio de licitación y que los anuncios de licitación que se publiquen en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas deberán también ser publicados en el Boletín Oficial del Estado.
4. Que no resultan aplicables las normas del Servicio Central de Suministros a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero.
5. Que la garantía por anticipos del precio, deberá exigirse con los criterios flexibles resultantes del artículo 117.1.g).
6. Que no debe suscitar especiales dificultades, por tener que resolverse con criterios generales, la cuestión de aplicación por Tribunales españoles a empresarios españoles de aspectos muy concretos de la legislación extranjera.

Informe 33/96, de 5 de junio de 1996. Otros informes. Ambito subjetivo. Normativa aplicable a los contratos que adjudica el Ente Público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA).

ANTECEDENTES

Por el Presidente del Ente público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), establece en su apartado primero que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa.

Por otro lado, el artículo 17 del Real Decreto 30/91, de 18 de enero, sobre el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aborda la cuestión relativa a la legitimación para solicitar informes a la Junta, indicando que ésta emitirá dichos informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Organismos Autónomos y Entes Públicos, Interventor General de la Administración del Estado y Presidentes de las organizaciones empresariales representantivas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

De acuerdo con lo anterior, la Presidencia del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante Aena), en ejercicio de las facultades prevista en el artículo 24 del Real Decreto 905/1991 de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de este Ente Público, solicita ante ese Órgano Consultivo informe sobre los extremos que, a continuación, se concretan en este escrito:

"La entrada en vigor de la LCAP y, muy particularmente, las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Sexta de dicha Ley, unido todo ello a la necesidad de mantener los principios de transparencia y publicidad que deben presidir la actuación de Aena en cuanto a su actividad de contratación, ha llevado a esta Presidencia, a plantearse la vigencia del régimen jurídico aplicable a la actividad de contratación del Ente.

Adicionalmente, las Directivas Comunitarias existentes que regulan sectores dentro de los que actúa Aena, que imponen requisitos no previstos con el mismo tratamiento en la LCAP, (por ejemplo, publicidad de los contratos de suministros y servicios que no superen la cantidad de 400.000.- Ecus), abundan en el planteamiento anteriormente indicado.

De otro lado, el Anexo VIII de la directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, cita como entidad contratante del sector de las instalaciones de aeropuertos -en el supuesto de España- a los Aeropuertos gestionados por Aeropuertos Nacionales que operan con arreglo al Real Decreto 278/1982, de 15 de octubre; previsión que en una correcta interpretación, a nuestro juicio, debe quedar referida al Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

Finalmente, el Ente Público de continua mención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio -de Presupuestos

Generales del Estado para 1990-, se rige por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación.

Sobre la base del marco legislativo que ha quedado citado, interesa a este Ente Público que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, mediante el oportuno informe, se pronuncie sobre la aplicabilidad a Aena del segundo párrafo de la Disposición Transitoria Sexta de la LCAP; todo ello en el sentido de que, en tanto no se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, el Ente Público debe continuar rigiéndose -conforme establece el artículo 82.2 de la Ley 4/1990- por el ordenamiento jurídico privado en todo lo concerniente a la contratación.

Por todo lo expuesto, esta Presidencia solicita de esa Junta Consultiva se emita informe acerca de los extremos que han quedado adecuadamente concretados en el cuerpo de la presente consulta, teniendo en cuenta para ello las circunstancias que igualmente han quedado descritas, así como cualesquiera otras que esa Junta estime oportuno examinar".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente - la aplicabilidad a AENA del segundo apartado de la disposición transitoria sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - debe ser examinada y resulta sobre la base de lo dispuesto en las Directivas comunitarias sobre la materia y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con dichas Directivas.

2. Frente a las Directivas de obras, suministros y servicios, constituidas hoy por las Directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE y 92/50/CEE, la Comunidad Europea adoptó la Directiva 90/531/CEE, hoy sustituida por la Directiva 93/38/CEE, aplicable a los denominados "sectores excluidos" - agua, energía, transportes y telecomunicaciones - presentando como característica diferencial que, mientras las primeras se aplican a las Administraciones Públicas y Organismos de Derecho público creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil e industrial, la Directiva 93/38/CEE, además de aplicarse a las Administraciones Públicas y Organismos de Derecho Público, sin distinción, se aplica igualmente a las empresas públicas y privadas, siempre que, en relación con cualquiera de ellos se dé la circunstancia objetiva de actuar en alguno de los sectores anteriormente mencionados. Otra nota diferencial entre el primer grupo de Directivas y la Directiva 93/38/CEE radica en que mientras respecto a las directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE y 92/50/CEE ha expirado el plazo de su incorporación a la legislación española y ésta efectivamente se ha producido a través de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el plazo para la incorporación de la Directiva 93/38/CEE, según resulta de la misma y de la Directiva 90/531/CEE, ha expirado, el 1 de enero de 1996, para los contratos de obras y suministro y expirará el 1 de enero de 1997, para los contratos de servicios, sin que, respecto a ninguno de ellos se haya producido todavía la incorporación del contenido de la Directiva a la legislación española, lo que motivó que la disposición transitoria sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedicara las correspondientes prescripciones para fijar el régimen jurídico de los contratos celebrados por Entidades sujetas a la citada Directiva 93/38/CEE.

En este momento hay que resaltar que no puede cuestionarse la sujeción de AENA a la directiva 93/38/CEE, no solo porque en el Ente concurren las características que los artículos 1, 2 y concordantes de la Directiva consideran determinantes de la sujeción a la misma, sino también y sobre todo porque el Anexo VIII de la propia Directiva enumera como entidades contratantes del sector de las instalaciones de aeropuertos, para España, los aeropuertos gestionados por "Aeropuertos Nacionales" que operan con arreglo al "Real Decreto 278/1982, de 15 de octubre de 1982", sin que exista

ninguna dificultad para entender hecha la referencia actual a AENA, derivando la defectuosa, más bien anticuada, cita del Anexo VIII, de la circunstancia de que la redacción de este Anexo, como el resto de los Anexos referentes a Entidades, es transcripción literal de los de la Directiva 90/531/CEE, en la que la cita correcta, por razón de fechas, era la que se hacía a "Aeropuertos Nacionales", que hoy debe entenderse sustituida por la referencia actualizada a AENA.

3. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su disposición transitoria sexta, trata de fijar el régimen jurídico de los contratos celebrados en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, estableciendo en sus dos apartados una diferenciación, según la clase de organismos y entidades que actúen en los indicados sectores.

El apartado 1 de dicha disposición transitoria establece que "los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, relativa a los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones no estarán obligados a cumplir, respecto a estos contratos, las obligaciones de publicidad en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" previstas en esta Ley hasta el 1 de enero de 1996, si se trata de contratos de obras o suministros y hasta el 1 de enero de 1997 si se trata de contratos de consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales".

En contraposición al apartado siguiente, este apartado se refiere a las Administraciones Públicas y sus Organismos autónomos y sienta el criterio de, dando por supuesto la sujeción íntegra de los mismos a la Ley, aplazar las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas hasta las fechas indicadas, una ya vencida y otra por vencer, para los contratos que celebren en los sectores referenciados, debiendo entenderse, aunque la Ley no lo diga expresamente, que los umbrales o límites cuantitativos que determinan esta obligación de publicidad serán los de la Directiva 93/38/CEE, iguales en contratos de obras pero más elevados en contratos de suministro y servicios que los de la Directiva 93/36/CEE y 92/50/CEE.

El segundo apartado de la disposición transitoria que venimos examinando establece que "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa".

Este apartado ha sido ya objeto de interpretación por esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995 (expediente 45/95) en el que se afirmaba lo siguiente:

> *"Pretender ligar el contenido de este apartado a todas las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1, basándose en una interpretación méramente literal de la expresión utilizada en el indicado apartado es solución que debe quedar descartada, no sólo porque en el propio apartado existe otra expresión "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE" que desde un punto de vista literal permite colegir que la disposición transitoria sexta sólo se refiere*
>
> *a entidades que deben considerarse sujetas a la citada Directiva 93/38/CEE, sino porque aplicando los criterios de interpretación sistemática la única conclusión posible es la de considerar que el total contenido de la disposición transitoria sexta se está refiriendo exclusivamente a actividades en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el apartado primero referido a Administraciones Públicas y sus Organismos Autónomos y el segundo a los restantes Entes públicos sujetos a la Ley como comprendidos en su artículo 1, apartado 3. Desde un punto de vista finalista o teleológico, criterio de interpretación fundamental según el artículo 3.1 del Código Civil, hay que tener en cuenta que la finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta fue la de*

evitar que los Entes públicos operantes en los sectores indicados, no por tanto la totalidad de Entes públicos del artículo 1 apartado 3, quedasen sometidos a la Ley para en plazo necesariamente breve quedar sometidos a régimen contractual distinto y más flexible que es el que ha de recoger en su día la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE. Por lo demás esta finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta quedó suficientemente reflejada en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, ya que en versiones iniciales del mismo los Entes públicos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones figuraban en su artículo 1 como excluidos de la Ley hasta que por la finalidad pretendida de no alterar su régimen jurídico contractual, hasta la incorporación a la legislación española de la Directiva 93/38/CEE, la mención de estos Entes públicos pasó a su actual ubicación en la disposición transitoria sexta".

4. Los criterios interpretativos del apartado 2 de la disposición transitoria sexta son de plena aplicación a los contratos celebrados por AENA, pues si como ha quedado indicado, no puede cuestionarse su sujeción a la Directiva 93/38/CEE, al tratarse, no de una Administración Pública, ni de un Organismo autónomo, sino de un Ente público, se produce necesariamente la consecuencia prevista en dicho apartado 2 de la disposición transitoria sexta de regirse en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley, les resulten aplicables, es decir, conforme al artículo 82.2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, las normas del ordenamiento jurídico privado.
Esta consecuencia tiene su límite temporal en la fecha en que se produzca la incorporación de la Directiva 93/38/CEE, en la que, con carácter definitivo, quedará fijado el régimen jurídico contractual que, lógicamente, consistirá en la aplicación de las reglas de la citada Directiva ya traspuestas a la legislación española. Por otra parte, de la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la Ley resulta la sujeción de la actividad contractual de estos Entes a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa, sin que pueda desconocerse tampoco el denominado "efecto directo" de las Directivas comunitarias que, reconocido doctrinal y jurisprudencialmente, obliga a aplicar la Directiva, vencidos los plazos de transposición a la legislación interna, sin que ésta se haya llevado a cabo. Sin que resulte procedente en este momento realizar un análisis detallado del posible "efecto directo" de la Directiva 93/38/CEE, sí hay que destacar que esta Junta Consultiva en ocasiones anteriores en que se ha pronunciado sobre este tema (Recomendación de 18 de abril de 1986 y Recomendación de 21 de octubre de 1994 hecha pública por Resolución de 25 del mismo mes y año de la Dirección General del Patrimonio del Estado) ha considerado el posible efecto directo de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, en el aspecto concreto de la publicidad de licitaciones en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, aún antes de que el contenido de dichas Directivas se hubiese incorporado a la legislación española.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, resulta de aplicación al Ente público "Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea" (AENA) que, hasta tanto se incorpore a la legislación española la Directiva 93/38/CEE, quedará sujeto, en su actividad contractual, al ordenamiento jurídico privado, de conformidad con la Ley 4/1990, de 29 de junio, sin perjuicio del posible "efecto directo" del contenido de la citada Directiva.

Informe 35/96, de 30 de mayo de 1996. Otros informes. Contratos privados de la Administración. Consulta sobre contratación de artistas, compañías y grupos teatrales.

ANTECEDENTES

Por el Consejero de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige a la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Dentro del programa de Actividades Culturales de esta Consejería se vienen programando anualmente actuaciones musicales y teatrales, es decir, se vienen contratando artistas, compañías, grupos etc. tanto directamente como a través de sus representantes.*
>
> *Dichos contratos venían realizándose, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 3ª; de la Ley de Contratos del Estado y, actualmente, del artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como contratos de naturaleza privada. No obstante, dado que han surgido interpretaciones acerca del posible carácter administrativo de los mismos, se eleva consulta por escrito acerca del criterio de esa Junta Consultiva."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que suscita el escrito de consulta es la de si los contratos de actuaciones musicales y teatrales, directamente o a través de representantes de artistas, compañías, grupos etc..., tienen la consideración de contratos privados de la Administración o, por el contrario pueden ser calificados de contratos administrativos, cuestión que tiene que ser examinada y resuelta, conforme a la normativa vigente, constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque su solución no difiera de la procedente con arreglo a la legislación anterior, constituida por la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado.

2. La delimitación entre contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas se recoge en el artículo 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que lleva por título precisamente el de "carácter administrativo y privado de los contratos" y cuya técnica consiste en enumerar, en su apartado 2, los contratos administrativos y señalar a continuación, en su apartado 3, que "los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados" por lo que la cuestión suscitada queda reducida a determinar si los contratos a que se refiere el escrito de consulta -contratos de actuaciones musicales y teatrales- están incluidos en la enumeración del artículo 5, apartado 2, en cuyo supuesto habrán de ser calificados como administrativos o no lo están en cuyo caso la calificación procedente la será la de contratos privados.

El apartado 2 del citado artículo 5, en los subapartados a) y b), contiene dos categorías distintas de contratos administrativos, respondiendo la primera a los contratos denominados "típicos" que presentan como característica esencial el venir regulados en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la segunda a los que se incluyen en la denominación legal de contratos administrativos especiales cuya regulación preferente no se encuentra en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino en sus propias normas específicas, según resulta del artículo 7.1 de la propia Ley.

Ninguna dificultad existe para descartar que el objeto de los contratos a que se refiere la consulta coincida con el de los contratos típicos, pues a los artistas, compañías y grupos que se contratan no se les encomienda la ejecución de una obra, ni la gestión de servicio público alguno, ni la entrega de bienes o productos, ni las prestaciones que

son objeto de los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales tal como vienen definidas y caracterizadas en el artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y resulta de sus antecedentes normativos constituidos por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio.

Tampoco debe existir dificultad alguna para afirmar que en los contratos a que se refiere la consulta no concurren las características previstas en el artículo 5.2. b) de la Ley, pues resulta evidente que las actuaciones musicales y teatrales no aparecen vinculadas al giro o tráfico específico de la Administración contratante, ni satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, ni existe Ley que declare el carácter administrativo de estos contratos.

Por ello debe concluirse manteniendo el carácter de contratos privados de la Administración para aquellos que celebra la Consejería consultante con artistas, compañías, grupos, etc.... y que tienen por objeto actuaciones musicales y teatrales.

3. El presente informe debe concluir con dos matizaciones finales, consistiendo la primera en que, por no haber introducido la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas variación sustancial en este extremo en relación con la legislación anterior, a idéntica conclusión había que llegar mediante la interpretación de los preceptos de esta última y la segunda en que el régimen jurídico de estos contratos es el determinado en el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, rigiéndose, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado y, en cuanto a su preparación y adjudicación, a falta de normas administrativas especiales inexistentes, por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, si bien hay que apuntar la frecuencia con que, dada la naturaleza específica de estos contratos, podrá ser utilizado para su adjudicación el procedimiento negociado sin publicidad aplicando por analogía las normas del artículo 141, b); 160. 2, a); 183, c) y 211, b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que se alude a razones artísticas, en particular, o, en general, a supuestos en que no resulte posible promover la concurrencia, como causas justificativas de la utilización de dicho procedimiento de adjudicación.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que se celebran con artistas, compañías, grupos, etc... para actuaciones musicales y teatrales son contratos privados de la Administración, cuyo régimen jurídico viene establecido en el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que exista ninguna característica que permita, de conformidad con la misma, calificarlos como contratos administrativos regulados en la propia Ley, ni como contratos administrativos especiales.

Informe 39/96, de 22 de julio de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Consulta en relación con la contratación y posible clasificación del organismo autónomos Centro Español de Metrología.

ANTECEDENTES

Por el Director General del Centro Español de Metrología, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Fomento, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Centro Español de Metrología (CEM) es un Organismo Autónomo de carácter Comercial e Industrial, creado por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. El artículo 100 de dicha Ley atribuye al Centro Español de Metrología las siguientes competencias:

- Custodia y conservación de los patrones nacionales de medida.

- Establecimiento y desarrollo de las cadenas oficiales de calibración.

- El ejercicio de las funciones de la Administración del Estado en el control metrológico del Estado y en el control metrológico CEE.

- La habilitación oficial de laboratorios de verificación metrológica.

- El mantenimiento del Registro de Control Metrológico.

- La ejecución de proyectos de investigación y desarrollo en materia metrológica y la formación de especialistas en Metrología.

Las competencias expuestas pueden plasmarse, dentro del ámbito comercial, en las siguientes actividades y servicios:

- Servicios de Aseguramiento en la calidad de la medida: a la industria en sus aspectos productivos y de investigación; a centros públicos o privados; a instituciones y organismos dedicados a formación específica; y la realización de tareas de investigación y desarrollo, que incluyen:

** Asesoría fundamental para el establecimiento de patrones y de la estructura básica necesaria para conservarlos y difundirlos.*

** Trazabilidad permanente a patrones nacionales.*

** Formación especializada de primer nivel.*

** Asistencia técnica y de desarrollo.*

y que ponen a disposición de los sectores productivos del país el equipamiento técnico y los recursos del Centro, integrándose en una línea comercial de máxima optimización del uso de los medios del Organismo.

- Realización de Ensayos en relación con instrumentos de medida con emisión de los correspondientes Certificados de Ensayos o de Conformidad a norma, que permitan a los sectores económicos nacionales, tener respaldados técnicamente sus laboratorios, equipos y productos a efectos comerciales e industriales.

- Realización de una actividad formativa nacional en el campo de la Metrología, de la que en este momento carece nuestro país, dada la especificidad de esta materia y la práctica inexistencia de disciplinas metrológicas dentro de la enseñanza universitaria.

- Gestión de la Calidad.

Estos servicios, de carácter comercial, no están regulados por norma alguna, son de carácter voluntario para quien los recibe y podrían ser prestados por otras instituciones públicas o privadas. Se trata en suma de una actividad empresarial sometida a libre competencia.

Entre los clientes del Centro Español de Metrología se encuentran diversos Organismos de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómica y Local. Los servicios que se les presta a estas instituciones son calibraciones de equipos, asesoría técnica y ejecución de determinados ensayos, que se enmarcarían, por tanto, dentro de los contratos de consultoría y servicios, cuya conceptuación se encuentra en el artículo 197 de la Ley 13/1995, de 18 de marzo.

En este sentido nuestro Servicio Jurídico y los Servicios Jurídicos de las otras instituciones han considerado que estos servicios debían ajustarse a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cumpliendo el Centro Español de Metrología todos los requisitos que establece la misma, y no la actividad convencional. La actividad convencional quedaría para proyectos de cooperación y colaboración mutua, donde no se debe incluir contraprestaciones de naturaleza económica. Consideran los mencionados servicios Jurídicos que el contenido de la actividad que presta nuestro Organismo es reconducible al contenido propio de los contratos de consultoría y asistencia, quedando pues dentro del ámbito de la Ley 13/1995 tal y como determina el artículo 3.1.d) de la misma, actuando el Centro Español de Metrología no como Administración, sino como empresa.

A este respecto hay que señalar que los organismos calificados de comerciales, como es el caso del CEM, tienen un doble ámbito de actuación. Uno administrativo, y en consecuencia tienen atribuidas funciones y facultades administrativas, y otro ejecutar operaciones de naturaleza comercial, para el desarrollo de las actividades que, de este tipo, se definen en su Ley de creación, con un procedimiento específico para la ejecución de las operaciones de esta naturaleza. En este sentido los Organismos de estas características presentan un presupuesto de ingresos y gastos con análogas características a los resto de los agentes del Sector Público Estatal, y además presentan determinados estados financieros, como son:

Cuenta de explotación

Cuenta de resumen de operaciones comerciales

Cuadro de financiamiento básico

Estado demostrativo de la variación del fondo de maniobra.

Estos estados financieros contienen todas las operaciones de carácter especial que estos Organismos realizan, concediéndose a los mismos un tratamiento análogo al de las Sociedades Estatales en lo que a análisis de su gestión se refiere, con independencia de las peculiaridades propias de su especial marco legal. Por lo tanto, y por lo que a las operaciones comerciales se refiere, se asimilan al sector público empresarial. De esta forma, se cumpliría con lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, relativo a la capacidad para contratar. A este respecto hay que resaltar que la actividad que presta el Centro Español de Metrología es una actividad sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas, regulado en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de Haciendas Locales, que es un tributo directo de carácter real, cuyo hecho imponible está constituido por el ejercicio en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que destacamos la de 16 de octubre de 1990 de la Sala 3ª; Sección 2ª; y la de 2 de enero de 1996 de la Sala 3ª;, Sección 5ª;, que se adjunta. En dichas sentencias se determina la capacidad de los organismos autónomos comerciales para licitar y contratar con otros entes del sector público, determinando asimismo que no es exigible a los entes públicos, ni a los órganos de éstos la clasificación.

Siguiendo estos criterios se han venido celebrando los oportunos contratos administrativos. Para este Organismo no supuso ningún problema la formalización de los mismos, puesto que su cuantía era inferior a diez millones de pesetas y no requería clasificación. Pero está previsto, a corto plazo, la realización de contratos cuya cuantía supera esta cifra y no está claro que, de acuerdo con la nueva Ley de Contratos para las Administraciones Públicas, los órganos públicos estén exentos de dicha clasificación, puesto que dicha Ley sólo declara la exención de clasificación para las universidades.

Con el fin de clarificar nuestra situación, se solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nuestra clasificación como empresa consultora o de servicios, petición que fue denegada, puesto que según criterio de la Junta las prestaciones de servicios entre organismos públicos deben revestir la forma de convenios.

Este Organismo se encuentra, pues, en la tesitura de que: por una parte, los distintos servicios jurídicos, tanto propios como de las instituciones a las que se les va a prestar los servicios, consideran que esta actividad está fuera del contenido propio de los convenios; y, por otra, se nos niega la clasificación como empresa consultora o de servicios, alegando criterio contrario al de los servicios jurídicos.

Por ello, se ruega se emita, por parte de esa Junta Consultiva, informe sobre las siguientes cuestiones:

1ª;.- ¿Puede el Centro Español de Metrología contratar con otros entes u organismos públicos, o debe acudir a la vía de los convenios?.

2ª;.- En el caso de que pueda contratar, ¿Sería preciso la clasificación como empresa consultora o de servicios?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se vuelve a plantear en el presente expediente la cuestión, sobre la que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, de la posibilidad de que Organismos autónomos, en general Entes públicos, puedan celebrar contratos sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con estas Administraciones, sus Organismos autónomos y Entes públicos y de la posibilidad de que dichos Organismos autónomos y Entes públicos puedan obtener la correspondiente clasificación y, aunque estas cuestiones han sido abordadas por esta Junta durante la vigencia de la anterior legislación de contratos del Estado, las conclusiones entonces mantenidas pueden igualmente serlo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, manteniendo la

regulación anterior, introduce determinados matices que pueden servir de elemento aclaratorio de las mencionadas conclusiones.

2. En diversos informes de esta Junta, singularmente en los de 13 de junio de 1984 (Expediente 14/84), 15 de octubre de 1985 (Expediente 37/85), 4 de abril de 1989 (Expedientes 1/89, 6/89 y 8/89), 28 de julio de 1994 (Expediente 11/94) y 16 de diciembre de 1994 (Expediente 25/94) se manifiestan los siguientes criterios:

- Partiendo del carácter de entes públicos que debe predicarse de los organismos intervinientes -en el presente caso, para mayor claridad se trata de un Organismo autónomo- es criterio reiteradamente mantenido que las dificultades que suscita la aplicación de la legislación de contratos del Estado a estos entes y que se manifiestan en una serie de normas como las relativas a la acreditación de no hallarse incurso el organismo en prohibiciones de contratar, al cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social, a la clasificación, y al régimen de garantías, determina que las relaciones de contenido contractual entre estos organismos deben instrumentarse normalmente a través de la vía de colaboración y sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos.

- Como argumento que refuerza la utilización normal de la vía de convenio en las relaciones entre organismos públicos se señala la contraposición existente entre la redacción del número 4 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado que se refiere a convenios de cooperación entre entes públicos y la redacción del número 7 del mismo artículo que, según resulta del artículo 12 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989, comprende, para excluirlos de la Ley los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado "siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales", salvedad esta última que, al no figurar en el número 4, permite sostener que los convenios de cooperación comprendidos en este último, es decir, los que se celebren con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales, figurando entre estas últimas, como es obvio, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

En materia de clasificación se sostiene el criterio de que si se acude a la figura del convenio al amparo del artículo 2, apartado 4 de la Ley de Contratos del Estado, la exclusión de la aplicación de la Ley determina la no exigencia de clasificación, mientras que si se acude excepcionalmente a la celebración de contratos en que el adjudicatario sea un Organismo autónomo o Ente público, la imposibilidad de obtención de clasificación, por inaplicación de las normas reguladoras de la clasificación de contratistas de obras y de la clasificación con empresas consultoras o de servicios, determina que la clasificación deba ser sustituida por la autorización del Consejo de Ministros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado y en el artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

3. Las consideraciones anteriores son perfectamente reiterables una vez producida la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pues la misma, en esta materia, incorpora preceptos sustancialmente idénticos a los de la anterior legislación de contratos del Estado.

Así puede sostenerse que la relación entre Administraciones Públicas, Seguridad Social, Organismos autónomos y restantes Entidades públicas ha de articularse por la vía de convenios de colaboración a que se refiere, para excluirlos de la Ley, el artículo 3.1.c) de la misma, por las dificultades que la aplicación de las normas de la Ley a estas Administraciones, Organismos y Entidades como contratistas presenta y por el argumento de la contraposición entre el citado artículo 3.1.c) y el artículo 3.1.d) de la Ley, en cuanto éste se refiere a convenios de colaboración que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, exigiendo

que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales, exigencia inexistente en el artículo 3.1.c).

En materia de clasificación, si excepcionalmente se decide celebrar un contrato en que el Organismo consultante asuma la posición de contratista, las propias normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las reglamentarias anteriores que deben considerarse subsistentes por efecto de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley hacen referencia a empresas contratistas de obras y a empresas consultoras o de servicios, por lo que su inaplicación a Organismos autónomos y Entes públicos, en general, determinan que sea necesario acudir a la prevención contenida en el artículo 25.3 de la Ley, que sustituye al artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado y al artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero, y a cuyo tenor "excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado".

En esta materia de clasificación resulta significativo que el artículo 26.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluya una norma eximiendo de clasificación como contratistas a las Universidades para ser adjudicatarias de contratos con las Administraciones Públicas, en los supuestos del artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, pues siendo idéntico el problema que se suscita por el Organismo autónomo consultante al que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, suscitaba la clasificación de las Universidades, que motivó la mayor parte de los informes de esta Junta, la solución legislativa viene a demostrar que, a falta de norma expresa para los Organismos autónomos, su clasificación excepcional debe seguir siendo resuelta con los criterios del artículo 25.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que con anterioridad debía serlo con arreglo a los citados artículos 106 de la Ley de Contratos del Estado y 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

4. Lo hasta aquí expuesto no exime de realizar ciertas consideraciones sobre el carácter de este informe, dado que según se consigna en el escrito de consulta se producen discrepancias entre los criterios de esta Junta y el de los servicios jurídicos del Organismo y de las Instituciones a las que va a prestar los servicios y, por otra parte conviene analizar el contenido de las Sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el escrito de consulta y cuya fotocopia se adjunta, en las que parecen mantenerse tesis contrarias a las sustentadas por esta Junta.

En cuanto al carácter del informe de esta Junta hay que recordar que, siguiendo los precedentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, la Ley 20/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece, en su artículo 83.1 que salvo disposición en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes y en su artículo 54.1.c) obliga a motivar los actos que se separen del dictamen de los órganos consultivos, por lo que, en el presente caso el Centro Español de Metrología podrá separarse de los criterios mantenidos en este informe, con el requisito de motivación de sus acuerdos.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita y se incorpora al expediente está constituida por las Sentencias de 16 de octubre de 1990 y 2 de enero de 1996, ambas referentes a contratos adjudicados al Instituto Cartográfico de Cataluña, Organismo autónomo dependiente de la Generalidad. Prescindiendo de la argumentación de las Sentencias, tanto de las apeladas, como las del propio Tribunal Supremo, que carecen de interés a efectos del presente informe, lo cierto es que, esta Junta, coincidiendo, como se ha indicado, con la posibilidad de que el Instituto Cartográfico de Cataluña -como el resto de Organismos autónomos- excepcionalmente celebre contratos con las Administraciones Públicas ha de señalar su discrepancia con la afirmación, sin ninguna argumentación, que se incluye en el

Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de marzo de 1991, posteriormente reproducida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1996, en el que literalmente se expresa lo siguiente: "y no puede considerarse que tenga impedida la contratación porque no presentara la certificación de clasificación empresarial -artículo 9.7- ya que este requisito no es exigible a los entes públicos, ni a los órganos de éstos (en este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de marzo de 1988, conformada por el Tribunal Supremo el 16 de octubre de 1990). Por tanto, la Comunidad Autónoma debió reconocer esta circunstancia a la codemandada, ... de manera que la adjudicación bien pudo realizarse sin necesidad de hacer uso de la vía excepcional prevista en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado, en relación con el artículo 285 del Reglamento". Esta discrepancia de criterios y la prevalencia del sostenido por esta Junta puede venir explicada por la circunstancia de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de marzo de 1991, cuya manifestación ha quedado transcrita, se hace con referencia a la anterior legislación de contratos del Estado y es dudoso pudiera ser reproducida con referencia a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre todo, teniendo en cuenta la precisión que esta última ha introducido en relación con la clasificación de las Universidades que viene a demostrar la exigencia de clasificación para el resto de Organismos autónomos y Entidades públicas no mencionadas expresamente.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende, reiterando criterios de anteriores informes, que la manera habitual de relacionarse el Centro Español de Metrología con las Administraciones Públicas, Seguridad Social, Organismos autónomos y restantes Entidades públicas sujetas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la constituye la vía del convenio de colaboración prevista en el artículo 3.1.c) de la misma y si, excepcionalmente, se procede a celebrar algún contrato administrativo, el requisito de la clasificación deberá ser sustituido por la autorización del Consejo de Ministros prevista en el artículo 25.3 de la propia Ley.

Informe 40/96, de 22 de julio de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Petición de Informe sobre recurso ordinario y vista a un expediente.

ANTECEDENTES

Por el Director General Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Defensa se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

"En la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia, efectuado por concurso y procedimiento abierto, uno de los licitadores ha presentado un recurso ordinario contra esa adjudicación basándose en el art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y en el art. 45 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que se crea este Organismo y en el que establece que contra las Resoluciones dictadas por el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Administración Militar.

Los criterios que se tuvieron en cuenta para la adjudicación de este contrato y que fueron publicados previamente han sido los siguientes: por el precio diez punto, por el plazo de ejecución del contrato tres punto y por la experiencia en trabajos de similar alcance y contenido tres puntos.

Aparte de esto el mismo licitador, en fechas anteriores y posteriores a la Resolución de adjudicación, ha solicitado al amparo del art. 35.a) de la LRJPAC vista el expediente y copia de la documentación aportada por la empresa adjudicataria para justificar su experiencia, así como de cualquier otra documentación que a la vista del expediente señalase.

Esta Dirección General considera que la Resolución de adjudicación pone fin a la vía administrativa por ser el acuerdo de un órgano de contratación, (art. 12 de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas) y porque según dispone el art. 61.1 contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa procederá el recurso contencioso-administrativo y de una forma más genérica el art. 7.2 "el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos". No obstante al establecer el art. 60.1 una relación de los acuerdos que ponen fin a la vía administrativa: interpretar, resolver dudas, modificar y resolver los contratos, no figurando de forma taxativa el acuerdo de adjudicación, se solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa si contra la resolución de adjudicación procede interponer un recurso ordinario o el recurso contencioso-administrativo.

Igualmente se solicita dictamen de esa Junta si procede dar vista al expediente y copia de los documentos que soliciten los licitadores, teniendo en cuenta que la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que es de aplicación supletoria la LJPAC y que en el art. 37.5.d) de esta Ley establece que no podrá ser ejercicio el derecho de acceso a las materia protegidas por el secreto comercial o industrial."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como claramente se deduce del escrito de consulta son dos las cuestiones que se suscitan y que deben ser examinadas con separación, consistiendo la primera en determinar si las resoluciones del Gerente del Instituto en materia de contratación son susceptibles de recurso ordinario ante el Secretario de Estado de Administración Militar y la segunda en determinar si procede dar vista del expediente y facilitar copia de los documentos referidos a la empresa adjudicataria a los licitadores que lo solicitan.

2. Para resolver la primera cuestión suscitada -la de la posibilidad de formular recurso ordinario contra las resoluciones del Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas en materia de contratación- hay que comenzar por afirmar que la solución positiva o negativa a dicha cuestión ha de apoyarse en normas ajenas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si bien es cierto que en su artículo 7.2 establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos, en su artículo 6.1 que los acuerdos del órgano de contratación sobre interpretación, modificación y resolución de los contratos pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos, y en el artículo 61.1, que contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa, procederá el recurso contencioso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, también lo es, al constituir los artículos en primer y tercer lugar reseñados -el artículo 7.2 y el artículo 60.1- una mera declaración sobre la jurisdicción competente que no excluye la exigencia del cumplimiento de requisitos propios de los actos administrativos, entre ellos el que agoten la vía administrativa, como expresamente señala, además, el artículo 61.1 y, al referirse el citado en segundo lugar -el artículo 60.1- a aspectos muy concretos como son las denominadas prerrogativas de la Administración, para indicar que los acuerdos correspondientes ponen fin a la vía administrativa, sin aludir al acto de adjudicación del contrato, que es el supuesto de hecho planteado, resulta evidente que son otras disposiciones distintas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas las que tienen que dar solución a la cuestión suscitada.

3. Las disposiciones fundamentales a las que resulta necesario acudir están constituidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que se crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.
El artículo 107 de la Ley 30/1992 establece en su apartado 1 que "contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección segunda de este capítulo" disponiendo el artículo 109 del mismo texto legal que ponen fin a la vía administrativa, entre otros casos que al presente carecen de interés, "c) las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario".
Por su parte el artículo 3 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que se crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y suprime los Patronatos de Casas Militares, considera al Instituto que crea como Organismo autónomo de carácter comercial adscrito al Ministerio de Defensa y en su artículo 45 señala que contra las resoluciones y acuerdos del Consejo Rector del Instituto se podrá interponer recurso de alzada ante el Ministro de Defensa y que contra las resoluciones dictadas por el Gerente del Instituto se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Administración Militar, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa.
En su reciente informe de 10 de mayo de 1996, que se remite a otro anterior de 7 de diciembre de 1993, la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha abordado

la cuestión de la procedencia del recurso ordinario, pronunciándose en sentido contrario a tal procedencia basándose en la naturaleza jurídica de los Entes públicos respecto de los cuales se suscitaba la cuestión (Autoridades Portuarias y Puertos del Estado en el del año 1993 y Director General del Instituto Nacional de la Salud en el del presente año). No obstante en los citados informes se recordaba la polémica suscitada en relación con los artículos 76 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y 37.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la admisión jurisprudencial de la figura denominada "alzada impropia" en los Organismos autónomos, pudiendo desprenderse de los citados informes la posibilidad de recurso ordinario y el no agotamiento, por tanto, de la vía administrativa en aquellos supuestos en que así estuviera establecido expresamente respecto de los citados Organismos Autónomos.
No pudiendo cuestionarse que el recurso ordinario creado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, equivale al recurso de alzada de la legislación anterior, que el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas es un Organismo autónomo de carácter comercial adscrito al Ministerio de Defensa y que el artículo 45 del Real Decreto 1571/1990, de 20 de diciembre, que lo crea, establece que contra las resoluciones del Gerente del Instituto se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Administración Militar, cuya resolución podrá fin a la vía administrativa, fácilmente se comprende que la respuesta a la cuestión planteada de que, si contra los acuerdos de adjudicación de contratos adoptados por el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas cabe la interposición de recurso ordinario o debe entenderse que ponen fin a la vía administrativa, debe producirse en sentido favorable a la procedencia del recurso, basándose en los argumentos y disposiciones que han quedado reflejados en el presente informe.

4. La segunda cuestión que se suscita en el presente expediente queda centrada en determinar si en el caso de interposición del recurso ordinario, el órgano de contratación está obligado a dar vista del expediente y copia de la documentación aportada por la empresa adjudicataria, como el recurrente solicita, con fundamento en el artículo 35.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
El contenido de la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala que los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos de la propia Ley y en sus normas de desarrollo siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común determina que el artículo 35.a) de esta última, a cuyo tenor los ciudadanos tienen derecho a conocer, en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos, deba ceder, en este último extremo relativo a la obtención de copias, ante el contenido específico del artículo 94 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del que se desprende la obligación del órgano de contratación, además de notificar a los participantes en la licitación el resultado de la adjudicación, de comunicar a todo candidato o licitador rechazado los motivos del rechazo de su candidatura o proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor, pudiendo incluso omitirse esta última comunicación cuando la divulgación de la información relativa a la adjudicación del contrato, perjudique los intereses legítimos de empresas públicas o privadas o pueda perjudicar la competencia leal entre ellas, justificando debidamente estas circunstancias en el expediente. Con la aplicación preferente de las reglas del artículo 94 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que además resultarían obligatorias por proceder de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, se garantizan suficientemente los derechos de los interesados a la interposición de recursos limitando la obligación de los órganos de contratación a

comunicar al recurrente los motivos del rechazo de su candidatura o proposición y los motivos de la adjudicación realizada a favor del adjudicatario y estableciendo la restricción relativa al perjuicio de intereses legítimos de la competencia leal entre empresas, con lo cual, en definitiva, se viene a eximir al propio órgano de contratación de facilitar copias de documentos contenidos en el expediente cuando se justifique en el mismo que concurren tales circunstancias, sin que, por otra parte, suscite dificultad alguna la aplicación del derecho de los interesados de conocer el estado de la tramitación del expediente que consagra el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la adjudicación de contratos por el Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas es susceptible de recurso ordinario ante el Secretario de Estado de Administración Militar, según resulta de los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Real Decreto 1571/1990, de 20 de diciembre, de creación del citado Instituto.

2. Que, con arreglo al artículo 94 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procedente de las Directivas comunitarias, a efectos de recurso, resulta suficiente comunicar a los interesados que lo soliciten los motivos del rechazo de su candidatura o proposición y los motivos de la adjudicación al adjudicatario, pudiendo prescindirse de tal comunicación cuando pueda perjudicar los intereses legítimos o la competencia leal entre empresas, justificando estas circunstancias en el expediente.

Informe 41/96, de 22 de julio de 1996. Otros informes. Otros contratos. Consulta sobre diversos tipos de contratos.

ANTECEDENTES

1. Por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Cultura, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (en adelante INAEM) lleva a cabo, para realizar sus espectáculos, varios tipos de contratos cuya calificación y formas de adjudicación han suscitado una serie de dudas cuya consulta a esa Junta ha sugerido la Mesa de Contratación del, hasta ahora, Ministerio de Cultura.

Nos referimos por lo tanto, a continuación, a ese tipo de contratos, con el ruego de que la Junta Consultiva emita su parecer en relación con las cuestiones que se plantean en torno a los mismos.

1.- TIPO DE CONTRATOS EN LA REALIZACION DE ESPECTÁCULOS.

En primer lugar, señalamos que, a la hora de montar un espectáculo, el INAEM, entre otras, tiene que llevar a cabo una serie de contrataciones que podemos agrupar de la siguiente manera:

GRUPO 1. Contratos no artísticos.

Son aquellos en los que se adquieren o alquilan elementos de una producción o se realizan trabajos que no son únicos ni originales, aunque sí lo sea el producto final. Son típicos los de construcción de una escenografía, o confección de un vestuario, que se ejecutan siguiendo las instrucciones dadas por el Instituto en un proyecto elaborado por un escenógrafo o figurinista. Lo más característico es que no aportan elementos significativos que individualicen la realización frente a otras que pudieran hacerse con las mismas instrucciones. Podemos conceptuarlos también como adquisiciones de elementos o ejecución de trabajos no esencialmente creativos.

GRUPO 2. Contratos de contenido creativo o artísticos..

Son aquellos en los que se contrata algo que aporta algún aspecto original al conjunto y que, por lo tanto, contribuyen a individualizar la obra o realización frente a las demás. Puede tratarse de la adquisición o alquiler de elementos únicos y originales de una producción o de la contratación de un artista o grupo artístico que aporta su labor creativa al espectáculo. Es el caso, por ejemplo, de una orquesta; como es sabido, cada versión de un mismo concierto por una orquesta distinta constituye una obra artística diferente. Otro ejemplo es el alquiler de una escenografía ya construida o de un vestuario ya confeccionado, pues ambos llevan incorporada la idea de su creador y, normalmente, son únicos pues no se realizan casi nunca más de una vez.

GRUPO 3. Contratos de contenido creativo por los que se adquieren derechos de propiedad intelectual.

En puridad podrían incluirse en el grupo 2, pero se añaden aquí por considerar que deben tener, como veremos, un tratamiento especial.

2. CUESTIONES QUE SE PLANTEA.

Con carácter previo, señalemos que no se incluyen en la consulta los contratos que la Ley define como "menores", sino únicamente los que se llevan a cabo por cuantías superiores.

Básicamente, las cuestiones que se plantean respecto a estos tres grupos de contratos son:

- Su naturaleza. Esto es, si son públicos o privados y, en el caso de tener naturaleza jurídico pública si se trata de contratos nominados o contratos administrativos atípicos o innominados.

- El procedimiento de adjudicación. Si deben ser adjudicados mediante concurso o mediante procedimiento negociado sin concurrencia (a través de la Mesa de Contratación o directamente por el Organo de Contratación, es decir, el INAEM).

A continuación trataremos de plantear ambas cuestiones en relación con los tres grupos de contratos que hemos definido.

2.1. En el grupo 1 hemos incluido básicamente contratos de suministro, sobre todo de fabricación, consistentes en adquisiciones de elementos no singulares ni originales y, especialmente en la construcción de escenografías, confección de vestuarios y similares.

La principal duda que se plantea es si, cuando se trate de suministros, deben ser considerados como contratos privados o administrativos, esto es, si concurren en ellos las circunstancias que se contemplan en el artículo 3.1.f. de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), o bien deben recibir el tratamiento que para los contratos de suministro se contempla en el Título III del Libro II de la mencionada Ley.

El INAEM es un Organismo autónomo de carácter comercial, al que, de acuerdo con el art. 14 del RD. 565/1985, de 24 de abril (BOE del 30) que regula básicamente su estructura, corresponde realizar, entre otras acciones específicas, la ejecución de actividades musicales, teatrales y escénicas. Para el desarrollo de estas actividades, que efectúa directamente, adquiere una serie de suministros que integra en sus espectáculos. Dichos espectáculos constituyen el producto final que ofrece al público, que los "consume" tras pagar el precio de las correspondientes entradas. Por lo tanto cabría incluir este tipo de suministros dentro del supuesto que se regula en el citado art. 3 apdo. f. de la LCAP.

Esta interpretación, sin embargo, contrasta con la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo (SS 5 octubre 1983, 3-octubre-1983, 16-noviembre-1983, 30-abril-1985, 14-marzo-1986, 9-octubre-1987, etc.), que afirma que, "prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia...". El párrafo entrecomillado forma parte de un informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura, en relación con la naturaleza de un contrato firmado por el INAEM. Se acompaña fotocopia del mismo, con la salvedad de que fue redactado estando vigente la anterior Ley de Contratos del Estado.

De considerarse contratos privados ¿deben éstos adjudicarse mediante concurso público o sería suficiente con promover la debida concurrencia en el sector correspondiente, mediante la petición de ofertas?. En ambos casos ¿deberían llevarse a cabo las actuaciones a través de la Mesa de Contratación del Ministerio de Cultura (no existe Mesa en este Instituto), o bien podría realizarlas el propio Organismo como órgano de contratación?.

2.2. En el grupo 2 hemos descrito los contratos de contenido creativo o artístico.

Se trata, generalmente, de contratos de suministro o de trabajos artísticos.

> *2.2.1 En los de suministro se adquieren elementos para un espectáculo que son concretos y determinados, y de los que no existe una pluralidad de ejemplares disponibles. A veces se trata del alquiler o compra de una escenografía entera que ya ha sido diseñada y construida por otro teatro y que el director de la Unidad del INAEM considera, dentro de la esfera de su necesaria autonomía artística, que se acomoda a la programación por él prevista. Estos contratos de suministros, en cuanto a su naturaleza, podrían ser considerados como los enunciados aquí en el apartado 1, pero en lo relativo al procedimiento para su adjudicación queda claro que no puede haber concurrencia, pues se plantean en relación con la adquisición de un objeto cuyas características lo configuran como único. La duda, pues, que se plantea en este caso es si deben ser considerados contratos privados o bien administrativos, de suministro, a los que resultaría de aplicación el art. 183.c de la LCAP.*
>
> *2.2.2 Pero también en este grupo 2 nos hemos referido a los contratos de trabajos artísticos. Un ejemplo muy ilustrativo es la contratación de una orquesta o una compañía de teatro. Al no ser un contrato de suministro, la cuestión no puede plantearse como en el caso anterior; entendemos que no tiene cabida en el citado artículo 3.f de la LCAP sino por analogía. Cuando no se adquieren derechos de propiedad intelectual (se adquieren normalmente al contratar un grupo para llevar a cabo una grabación, por ejemplo), creemos que deben ser calificados como contratos administrativos, si bien resulta dudosa su inclusión en el Título IV del Libro II de la LCAP pues es difícil identificarlo con ninguno de los supuestos a que se hace referencia en el art. 197 de la LCAP y sólo indirectamente se pueden vincular al 207 apdo. 26 y al 211.b) de la citada Ley. Además, serían inviables en algunos caso, al aplicarse los artículos 25 y 20.k de la LCAP a Orquestas o compañías de carácter no estable, o de carácter público que son la mayoría. Entendemos que podrían ser considerados como contratos administrativos atípicos o innominados que se regirían por sus propias normas o bien como contratos de consultoría y asistencia o de servicios con todas las dificultades que esto comportaría. De todos modo, como en el caso anterior, pensamos que no cabe la concurrencia en el procedimiento que se siga para su adjudicación.*

Este último aserto, la no concurrencia, es el que más dudas ha suscitado a la Mesa de Contratación del Ministerio de Cultura. Ultimamente estos contratos artísticos se están tramitando, en general, como contratos de consultoría y asistencia o de servicios y por el Instituto se entiende que cabe aplicarle el artículo 211 apdo. b, debido a su carácter artístico.

Para el Instituto, el artículo 211.b, debe ser interpretado en el sentido de que la Ley reconoce que las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario. La

Mesa entiende que cabría otra interpretación, aunque la formula con reservas; indica que no bastaría con que el objeto del contrato fuera artístico, pues además debería haber un único empresario capaz de llevarlo a cabo. Para el Instituto esta última afirmación, si se enuncia en muy amplios términos, dejaría vacío de sentido el precepto. Entendemos que todo lo artístico es único. Consustancial a la esencia de lo artístico es precisamente la originalidad e individualidad y creemos que así lo ha entendido la Ley.

Se trataría en realidad de dilucidar aquí qué quiere decir que haya "un único empresario capaz de llevarlo a cabo". Es opinión de este Instituto que todos los trabajos artísticos son únicos y, lógicamente, el artista que los realiza es único en relación con su propia obra. Y eso es lo que viene a decir la Ley.

Si no, y por reducción al absurdo podría llegarse a conclusiones tales como que no se puede adquirir, por ejemplo, un cuadro de Picasso, sin haber convocado un concurso previo, porque "un cuadro" es algo de lo que hay más de uno y puede pintar más de una persona. Debería parecer igual de absurdo el no poder contratar una orquesta determinada sin convocar previamente un concurso mundial o nacional de orquestas porque orquestas hay más de una. A nuestro modo de ver, la Ley va precisamente contra esta última interpretación y en la línea de que toda producción artística es única. Esto es, las razones artísticas determinan que el empresario sea único.

Por otra parte, cuando se promueve concurrencia en el sentido y de la forma que la trata la Ley debe resolverse la adjudicación de acuerdo con criterios objetivos. Y no hay criterios objetivos que se puedan utilizar a la hora de valorar lo artístico. No se trata de seleccionar una orquesta frente a otra por el precio, o el número de veces que ha interpretado a tal o cual compositor, sino que lo que se valora es su cabida en el espectáculo que trata de ofrecerse al público. Y esa decisión está, y creemos que debe estar, dentro del ámbito de la autonomía artística de las personas designadas para llevar a cabo la programación del INAEM. Insistiendo en lo anterior, se contrata a una orquesta por ser ella misma, no por ser una de tantas que tocan música.

Por eso existen en el mercado versiones distintas de una misma composición y consideramos que cada una de ellas es única y no intercambiable con las demás.

3. En el grupo 3 nos hemos referido a contratos cuyo contenido es de carácter creativo y sobre el cual el INAEM adquiere derechos de propiedad intelectual.

Parece bastante claro que se aplica aquí lo preceptuado en el art. 5.3 de la LCAP, por lo que no nos detendremos más en ellos. Baste decir que se rigen básicamente, por las prescripciones contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido se ha publicado recientemente.

3. CUESTIONES CONCRETAS.

Hasta ahora hemos venido exponiendo las dificultades que se le plantean a este Organismo a la hora de calificar determinadas contrataciones que debe llevar a cabo para la realización de sus espectáculos. Parece oportuno, en este momento, concretar la consulta en una serie de cuestiones, para mayor claridad:

3.1 Respecto a los contratos de suministro o fabricación no artísticos que realiza el Instituto para sus espectáculos:

3.1.1 ¿Son públicos o privados?

3.1.2 Si son privados:

3.1.2.1 ¿Pueden adjudicarse por procedimiento negociado?

3.1.2.2 ¿Deben llevarse a cabo las actuaciones para seleccionar al contratista a través de la Mesa de Contratación del Ministerio o puede realizarlas el Organismo sin intervención de la Mesa?.

3.2 En relación con los contratos para la realización de trabajos artísticos:

3.2.1 ¿Pueden ser administrativos especiales, o deben ser necesariamente de consultoría y asistencia o de servicios?. En el segundo caso, el requisito de la clasificación, sea en España o en otro país de la Unión europea, haría inviables muchos de estos contratos con formaciones orquestales, teatrales o coreográficas, pues en estos ámbitos no suelen realizarse trámites para la clasificación ni existe tradición en este sentido, entre otras razones porque muy a menudo, como sucede con las que dependen de este Organismo, se trata de formaciones de carácter público.

3.2.2 Por último, ¿es correcta la interpretación del Organismo que entiende que los contratos con formaciones orquestales, teatrales y coreográficas son artísticos y por lo tanto se adjudican mediante procedimiento negociado sin concurrencia?.

3.2.3 Es obligatorio en este último caso que realice la propuesta correspondiente la Mesa de Contratación.

3.3. En relación con los contratos privados, en virtud de los cuales se adquieren propiedades incorporales, ¿deben tramitarse a través de la Mesa de Contratación, que realizaría la propuesta de adjudicación, o pueden concertarse directamente por el Organo de Contratación?."

2. Conforme se indica en el anterior escrito al mismo se acompaña fotocopia de un informe del Servicio Jurídico del Estado en el entonces Ministerio de Cultura, en el que respecto a la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música y la Orquesta Sinfónica de Madrid (Orquesta Arbós)) se inclina, después de expresar las dudas doctrinales y jurisprudenciales existentes en orden al deslinde entre contratos privados y administrativos, a atribuir al contrato el carácter de administrativo, por entender que "la cultura" es un servicio público y que el Instituto presta el mismo a través de sus actuaciones musicales.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Siguiendo la misma ordenación sistemática del escrito de consulta procede examinar la naturaleza jurídica privada o administrativa de los tres grupos de contratos a que se refiere -contratos no artísticos, contratos de contenido creativo o artísticos y contratos por los que se adquieren derechos de propiedad intelectual- para, a continuación, examinar el problema suscitado común a los tres grupos de la intervención de la Mesa de Contratación en el procedimiento de adjudicación.

2. El primer grupo de contratos a que hace referencia el escrito de consulta, es el de los que califica de contratos no artísticos o de adquisiciones de elementos o ejecución de trabajos no esencialmente creativos, citando como ejemplo de los mismos los de construcción de una escenografía o confección de un vestuario que se ejecutan siguiendo las instrucciones dada por el Instituto en un proyecto elaborado por un escenógrafo o figurinista.

La duda que se plantea al Organismo consultante es la de si estos contratos, cuando se trate de suministros, deben considerarse privados o administrativos y si resulta de

aplicación a los mismos el artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ante todo, respecto a esta última cuestión esta Junta entiende que la aplicación del artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto excluye de la aplicación de la misma a los contratos de suministro relativos a actividades directas de los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con 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, debe ser resuelta con anterioridad y con independencia del carácter público o privado del respectivo contrato y, en este sentido, considera que el artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta aplicable a los elementos de escenografía o vestuario adquiridos por el Instituto pues, aparte de otras razones, resulta imposible entender que dichos elementos se devuelven al tráfico jurídico patrimonial con la respectiva representación, dado que incorporarlos al tráfico jurídico patrimonial, en sentido estricto que es el que debe prevalecer, significa que dichos elementos podrían ser objeto de sucesivas transmisiones, después de adquiridos por el Instituto, cosa que no sucede en el presente caso.

Descartada la aplicación del artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, queda por resolver la cuestión básica de si estos contratos deben considerarse privados o administrativos, debiéndose tener en cuenta, al respecto que el artículo 5.2.a) de la misma Ley considera contratos administrativos típicos aquellos cuyo objeto directo sea la realización de suministros, por lo que ya no puede entrar en juego la prescripción del apartado 3 del propio artículo 5 que con carácter residual, para calificar a los contratos como privados se refiere a los "restantes contratos" es decir, en el caso presente a los que no merezcan el calificativo de contratos administrativos de suministro, ni de los restantes contratos administrativos típicos a que se refiere el artículo 5.2.a) o administrativos especiales incluidos en el artículo 5.2.b).

Calificados como administrativos, estos contratos deberán adjudicarse mediante aplicación de las normas generales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo recordarse que constituyen procedimientos normales de adjudicación el abierto y el restringido, ambos mediante subasta y concurso y que el procedimiento negociado solo procede en los casos y por las causas determinadas en la Ley (artículo 76 de la Ley), sin que por tanto, con carácter general, pueda darse contestación a la pregunta formulada, en realidad para el supuesto de contratos privados, de si procede el concurso público o sería suficiente con formular petición de ofertas, es decir, utilizar el procedimiento negociado, pues será en cada caso concreto y según las circunstancias concurrentes, cuando deberá determinarse la aplicación posible del procedimiento negociado por las causas que, para el suministro establecen los artículos 182 y 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. En el segundo grupo de contratos -los que el escrito de consulta califica de contenido creativo o artístico, poniendo como ejemplo característico el de la contratación de artistas o grupos artísticos- esta Junta considera oportuno remitirse a sus recientes informes de 30 de mayo de 1996 (Expedientes 31/96 y 35/96) en los que se sienta la conclusión de que los contratos con artistas, orquestas y grupos para actuaciones musicales o teatrales tienen que ser calificados como contratos privados de la Administración conforme al artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que atribuye tal carácter a todos los contratos que no puedan configurarse como contratos administrativos típicos (artículo 5.2.a)) ni como contratos administrativos especiales (artículo 5.2.b), por no reunir los requisitos y características establecidos en dicho artículo y apartados. La consideración de contratos privados viene a resolver el problema suscitado de la exigencia de clasificación, que debe ser resuelto en sentido negativo, dado que la aplicación

resultante del artículo 9 de la aplicación, en cuanto a su preparación y adjudicación de las normas de la Ley, es simplemente analógica y no puede extenderse a extremos incompatibles con la naturaleza de estos contratos como son las normas de clasificación, como ha mantenido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 28 de febrero de 1985 (Expediente 10/1985) y de 10 de julio de 1991 (Expediente 14/91) entre otras razones por inexistencia de grupos y subgrupos concretos de clasificación para los contratos privados.

En cuanto al procedimiento de adjudicación de estos contratos, dado que según el artículo 9 de la Ley, en cuanto a su preparación y adjudicación, se rigen por la presente Ley y normas de desarrollo, en defecto de normas especiales inexistentes en el presente caso, también se ponía de relieve por esta Junta en los citados informes de 30 de mayo de 1996 la frecuencia con que, dada la naturaleza específica de estos contratos, podrá ser utilizado el procedimiento negociado sin publicidad, aplicando por analogía las normas del artículo 141.b); 160.2.a); 183.c), y 211.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los que se alude a razones artísticas, en particular, o, en general, a supuestos en que no resulte posible promover la concurrencia como causas justificativas de la utilización de dicho procedimiento de adjudicación.

Desarrollando más concretamente aquella conclusión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifiesta conforme con el criterio manifestado por el Instituto consultante de que las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuando una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica.

4. El último grupo de contratos -el relativo a los de adquisición de propiedades incorporales, concretamente derechos de la propiedad intelectual-, o suscita dificultad alguna ya que el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina que los contratos de adquisición de propiedades incorporales se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso, lo que en último término determinará, en lo procedente, la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por resultar así de los artículo 96 a 99 de la Ley de Patrimonio del Estado.

5. A lo largo del escrito de consulta se hace una serie de referencias a la Mesa de Contratación cuestionando si su intervención es preceptiva y si debe actuar la Mesa del Instituto o la Mesa del Ministerio.

En este punto únicamente cabe destacar que el artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como innovación en relación con la legislación anterior, ha considerado preceptiva la intervención de la Mesa de Contratación en los procedimientos negociados y dado que el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música es un Organismo autónomo sujeto a la Ley según su artículo 1, habrá de adjudicar los contratos, incluso por procedimiento negociado, con intervención de la Mesa de Contratación, siendo aspectos organizativos internos del Ministerio y del Instituto, ajenos a la competencia de esta Junta, al determinar si el Instituto ha de crear su propia Mesa, lo que, por otra parte, parece una solución lógica o se puede disponer la actuación de la Mesa del Ministerio en los contratos celebrados por el Instituto.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos de suministro que celebre el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música a que se refiere el escrito de consulta como contratos no artísticos, no pueden quedar excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, al amparo de su artículo 3.1.f) y deben adjudicarse con arreglo a las normas generales de la Ley y, por tanto, con utilización del procedimiento negociado en los casos taxativamente señalados en la misma.

2. Los contratos de contenido creativo o artístico a que se refiere el propio escrito de consulta deben ser calificados como contratos privados y, en cuanto a su régimen jurídico, en la preparación y adjudicación, se aplicarán, en defecto de normas especiales inexistentes, las de la propia Ley que, sin embargo, no comprenden, por incompatibilidad con su naturaleza, la relativas a la clasificación.

3. En los contratos a que se refiere la conclusión anterior, será utilizable frecuentemente, por razones artísticas, el procedimiento negociado sin publicidad, por aplicación analógica de las normas de la Ley que lo regulan.

4. Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual.

5. Conforme al artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la intervención de la Mesa de Contratación resulta preceptiva en los procedimientos negociados, sin que a esta Junta corresponda pronunciarse en cuanto a los aspectos organizativos relacionados con la constitución de la referida Mesa.

Informe 50/96, de 18 de octubre de 1996. Otros informes. Desconcentración y delegación. Procedencia de interposición de recurso ordinario contra los actos y acuerdos de los órganos de contratación que actúen con facultades desconcentradas.

ANTECEDENTES.

1. Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"La empresa CALZADOS PLASTICOS ESPAÑOLES, S.A., ante la resolución de adjudicación del contrato, presenta escrito, que figura en anexo I, al que califica de recurso ordinario, por el que recurre la adjudicación de un lote de un contrato del que no resultó adjudicataria.

En la resolución del órgano de contratación adjudicando el contrato consta que la resolución de la adjudicación agota la vía administrativa y contra la misma se podrá interponer recurso-contencioso administrativo.

El órgano de contratación remite a su asesoría Jurídica el escrito presentado por la citada empresa, con objeto de que le informe sobre el trámite que debe dar al referido escrito.

La Asesoría Jurídica, en informe que figura en anexo II, se plantea dos cuestiones, si contra la adjudicación del contrato se puede interponer recurso ordinario y, en caso de proceder, cuál es la Autoridad competente para resolverlo.

Con fecha 18.06.96, se remite el expediente a esta Dirección General, según propone la Asesoría Jurídica del Aire, en el informe antes citado.

A la vista de lo actuado, del informe de la Asesoría Jurídica del Aire y teniendo dudas del trámite que corresponde dar a la reclamación formulada, por esta Dirección General, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se somete a informe de esa Junta Consultiva lo siguiente:

1. Si procede interponer contra la resolución de adjudicación de un contrato recurso ordinario o, como figura en la resolución de adjudicación, agota la vía administrativa y sólo procede el recurso contencioso administrativo.

El art. 7.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece de una manera genérica que "el orden jurisdiccional contencioso administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos". Por otra parte, el art. 61.1 de la citada Ley dispone que procede el recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que ponen fin a la vía administrativa, y, al no figurar la adjudicación entre los acuerdos que cita el art. 60.1 que ponen fin a la vía administrativa surgen las dudas sobre qué recurso procede interponer.

2. En caso de proceder recurso ordinario, se consulta cuál es el órgano superior jerárquico del que dictó la resolución de adjudicación, ante el que se debe interponer el recurso (art. 114.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común): Si es la

autoridad inmediata superior de la que depende orgánicamente, con independencia de quien recibe la competencia, tal como establece el artículo 2º de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 10 de julio de 1961 ("BOE" núm. 169, de 17 de julio); o, como entiende el Asesor Jurídico del Ejército del Aire, es el Ministro de Defensa.

Por su fuera de interés para la resolución de esta cuestión se pone de manifiesto que Ministro y Secretario de Estado de la Defensa han desconcentrado sus competencias en distintas autoridades del Departamento y éstas a su vez las han delegado en otras autoridades.

Así mismo, a tenor de lo establecido en el art. 13.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la delegación se ha realizado, en algunos casos, en órganos no jerárquicamente dependientes."

2. Al escrito anterior se acompaña la siguiente documentación:

a) Fotocopia del escrito presentado por D. Ramón Pajares Manresa dirigido al Excmo. Sr. General Director de Adquisiciones del Cuartel General del Ejército del Aire en el que se solicita se tenga por interpuesto recurso ordinario administrativo previo al contencioso administrativo contra el acto de adjudicación del contrato de suministro de vestuario para los años 1996/97, expediente número 98/95.

b) Fotocopia del informe del Asesor Jurídico del Cuartel General del Ejército del Aire, de fecha 11 de junio de 1996, en el que, por las razones que extensamente expone, llega a la conclusión de que en caso de desconcentración de facultades de contratación el recurso ordinario pertinente habrá de sustanciarse y resolverse por el Ministro de Defensa aunque el silencio sobre los recursos pertinente del Real Decreto 1904/1995, de 24 de noviembre, vigente en materia de desconcentración puede interpretarse en el sentido de que los acuerdos de los órganos de contratación adoptados en virtud de facultades desconcentradas ponen fin a la vía administrativa y abre la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente son las de determinar si contra los acuerdos adoptados en materia de contratación por los órganos de contratación del Ministerio de Defensa, que actúan en virtud de facultades desconcentradas, resulta posible interponer recurso ordinario o, por el contrario, hay que entender que agotan la vía administrativa y si se opta por el primer extremo enunciado de la alternativa -la procedencia del recurso ordinario- determinar el órgano competente para resolver el mismo.

Para resolver las cuestiones suscitadas hay que comenzar por sentar una distinción previa entre los diversos actos y acuerdos que pueden ser adoptados por el órgano de contratación diferenciando la generalidad de actos y acuerdos en materia de contratación, entre ellos el de adjudicación del contrato al que se refiere singularmente la solicitud de informe, al mencionar el recurso ordinario interpuesto por la Empresa "Calzados Plásticos Españoles, S.A." contra la adjudicación de un contrato de suministro y aquellos otros actos y acuerdos como son los derivados de las llamadas prerrogativas de la Administración respecto de los que existe una norma específica en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (el artículo 60.1) que puede influir decisivamente para consagrar una solución distinta a la que se propugna para el acto de adjudicación del contrato y demás actos y acuerdos no afectados por el citado artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Con carácter general -para el acto de adjudicación y demás no relativos a las prerrogativas de la Administración- la solución a las cuestiones suscitadas no puede

apoyarse en normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si bien es cierto que dicha Ley, en su artículo 7.2, establece que el orden jurisdiccional contencioso administrativo será el competente para resolver las cuestiones que surjan entre las partes en los contratos administrativos y, en su artículo 61.1, que contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa procederá el recurso contencioso administrativo, conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, también lo es que, al constituir los artículos reseñados una mera declaración sobre la jurisdicción competente en materia de contratación administrativa que no excluye la exigencia del cumplimiento de requisitos propios de los actos administrativos para ser recurridos en vía contencioso administrativa, entre ellos el que agoten la vía administrativa, resulta evidente que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no arroja ninguna luz sobre la cuestión básica de si los acuerdos sobre adjudicación de contratos que adopten los órganos de contratación del Ministerio de Defensa, en ejercicio de facultades desconcentradas, agotan o no la vía administrativa, pues esta es la cuestión básica sobre la que esta Junta debe pronunciarse, dado que según el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común "contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa.... podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección segunda de este capítulo" y el artículo 109 del mismo texto legal dispone que ponen fin a la vía administrativa, entre otros casos que ahora carecen de interés, "las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario".

3. Como aparte del reconocimiento de la posibilidad de desconcentrar facultades que hoy consagran el artículo 12.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 12.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no se regulan sus efectos, al igual que sucedía durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado, de la Ley de Régimen Jurídicos de la Administración y de la Ley del Procedimiento Administrativo, esta Junta Consultiva puso de relieve, entre otros, en su informe de 13 de marzo de 1984 (Expediente 12/84) que "a diferencia de la delegación, la desconcentración es una figura jurídica que carece de regulación positiva y, por tanto, sus notas básicas han sido construidas doctrinal y jurisprudencialmente, afirmándose que, en tanto la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas, la desconcentración es constitutiva general, abstracta y normal y que la delegación supone una traslación del ejercicio de la competencia, implicando la desconcentración la transferencia de la competencia misma, destacándose, asimismo, que la desconcentración es un supuesto de "dislocación de competencias" que se producen con respeto riguroso de las garantías jurídicas, mediante disposición de carácter general (Decreto acordado en Consejo de Ministros) y sólo en los casos y términos autorizados por la Ley". En materia de recursos, en el citado informe de esta Junta se afirmaba que al consagrar el proyecto de Decreto que se informaba la posibilidad de recurso de alzada "se trata de recoger uno de los efectos característicos que la desconcentración de funciones conlleva en orden a la impugnación de los actos producidos en el ejercicio de competencias desconcentradas, consistente en que aquellos actos, que antes de la desconcentración no admitían la posibilidad de revisión jerárquica, admitirán en lo sucesivo la natural posibilidad de ser revisados, por aplicación de los principios generales en la materia".

Los criterios expuestos, pese a su fecha, conservan plena actualidad, de un lado porque han sido incorporados a normas positivas, tanto de fecha anterior como posterior a la misma y, sin que se haya producido modificación normativa que les haya privado de valor y de otro, porque son reflejo de una opinión doctrinal generalizada que, con anterioridad y también ya con referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha admitido, que, en caso de desconcentración, resulta procedente el

recurso de alzada o el recurso ordinario contra los actos y acuerdos del órgano que actúa con facultades desconcentradas.

En cuanto a las normas que han incorporado la posibilidad de recurso de alzada, equivalente al actual recurso ordinario, en los supuestos de desconcentración y por su valor interpretativo, aunque actualmente puedan considerarse derogadas, cabe citar, con carácter general, la Orden de 10 de julio de 1961, en cuyos artículos 1 y 2 se perfilaban los distintos efectos de la delegación y la desconcentración, señalando que en los supuestos de delegación las resoluciones de los órganos inferiores pondrían fin a la vía administrativa en los mismos casos y términos que corresponderían a la actuación del órgano delegante y que en los supuestos de desconcentración las resoluciones dictadas por los órganos inferiores podrían ser objeto de recurso de alzada ante el órgano superior en los mismos casos y términos que las restantes resoluciones emanadas de la competencia propia del órgano inferior. Desde el punto de vista más específico del Ministerio de Defensa, el Real Decreto 947/1984, de 9 de mayo, cuyo proyecto motivó el citado informe de esta Junta de 13 de marzo de 1984, el Real Decreto 1127/1986, de 6 de junio, y el Real Decreto 1267/1990, de 11 de octubre, mantuvieron idéntica fórmula al señalar que los recursos contra los actos y acuerdos de los órganos de contratación en el ejercicio de las funciones que se desconcentran serán resueltos por el Ministro de Defensa.

Frente a las consideraciones que han quedado expuestas, carece de todo valor, para desvirtuar la conclusión de la procedencia de recurso ordinario contra los actos y acuerdos a que nos venimos refiriendo de los órganos de contratación que actúen en ejercicio de funciones desconcentradas, la circunstancia de que el Real Decreto 1904/1995, de 24 de noviembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios y contratos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, que, en este extremo constituye la normativa vigente, no mencione, en contraste con sus antecedentes próximos, la procedencia del recurso ordinario en los supuestos de desconcentración, pues ello, a lo sumo, podrá ser conceptuado como un defecto de técnica jurídica, sin poder llegar a determinar, por su silencio, la inexistencia o improcedencia del recurso ordinario que, como hemos visto no deriva de ninguna consagración expresa en norma vigente, sino que responde a la propia naturaleza de la figura de la desconcentración, tal como ha sido configurada doctrinal y jurisprudencialmente.

4. Resuelta en sentido afirmativo la procedencia del recurso ordinario contra estos actos y acuerdos del órgano de contratación del Ministerio de Defensa que actúen en el ejercicio de facultades desconcentradas queda por examinar la segunda cuestión suscitada, consecuencia de la resolución positiva de la primera, consistente en determinar el órgano competente para conocer y resolver el citado recurso ordinario.

En este punto, como se expone en el informe de 11 de junio de 1996 de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire, caben dos criterios distintos consistente el primero en considerar que el órgano superior jerárquico que debe resolver el recurso ordinario, según establece el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es el órgano cuyas facultades de contratación se desconcentran, es decir, en el caso presente el Ministro de Defensa y el segundo consistente en considerar que tal órgano es el que ocupa la posición inmediata superior en la ordenación jerárquica militar.

Esta Junta Consultiva se inclina por el primer criterio señalado por los argumentos que, a continuación se indican, que no son mas que reproducción de los utilizados en el informe citado de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire, en el que también se manifiesta criterio favorable a atribuir el conocimiento y resolución del recurso ordinario al Ministro de Defensa.

En primer lugar porque el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no utilizar la palabra "inmediato" para calificar al órgano superior jerárquico, como hacen otras disposiciones, viene a demostrar que no ha sido la intención del legislador vincular la resolución del recurso ordinario al inmediato superior jerárquico, sino que

admite otras posibilidades dentro de la circunstancia genérica de la superioridad jerárquica.

En segundo lugar y siguiendo la línea argumental que venimos utilizando en el presente informe hay que señalar que el atribuir la facultad de resolver el recurso ordinario, en los casos de desconcentración, al órgano superior cuyas facultades se desconcentran es la tesis que más se ajusta a la naturaleza jurídica de la desconcentración, la que la doctrina científica más reciente suele aceptar y la que se incorporó a los Reales Decreto 947/1984, de 8 de mayo, 1127/1986, de 6 de junio, y 1267/1990, de 11 de octubre, sin que haya existido con posterioridad a los mismos ninguna modificación normativa de la que se desprenda el cambio de criterio anteriormente aplicado.

Por último han de ponerse de relieve las consideraciones prácticas que aconsejan evitar, por razones de seguridad jurídica, la existencia de una multiplicidad de órganos encargados de resolver los recursos ordinarios en los casos de desconcentración y evitar, asimismo, que puedan resolver estos recursos órganos carentes de competencias en materia de contratación, por la simple circunstancia de ser inmediato superior jerárquico del que ejerce las facultades desconcentradas.

5. Lo hasta aquí expuesto, como indicábamos anteriormente, debe dejar a salvo, excluyendo la posibilidad de recurso ordinario, todos aquellos actos y acuerdos del órgano de contratación respecto de las que exista una declaración legal expresa de agotamiento de la vía administrativa, como sucede con el artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que los acuerdos del órgano de contratación relativos a las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos "pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos", por lo que, frente a esta declaración expresa, no pueden entrar en juego los razonamientos anteriores tendentes a fundamentar la procedencia del recurso ordinario contra el acto de adjudicación de un contrato, cuando el órgano de contratación actúe en el ejercicio de funciones desconcentradas.

6. Dos últimas y breves consideraciones deben realizarse sobre cuestiones aludidas en el escrito de consulta o en el informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire.

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de desconcentración en que no existen normas concretas que precisen los efectos de los acuerdos y actos a efectos de interposición de recursos, en los supuestos de delegación el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declara que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante, expresión esta última que permite afirmar que en materia de recursos contra los actos y acuerdos adoptados por delegación, cabrán los mismos recursos que procederían contra actos y acuerdos del órgano delegante.

La segunda consideración que debe efectuarse es la relativa al curso que debe darse al escrito de la Empresa "Calzados Plásticos Españoles, S.A." y afirmándose que por medio del mismo se interpone "recurso ordinario administrativo previo al contencioso", ha de dársele la tramitación propia del recurso designado que, según lo razonado, es el procedente, sin que pueda desvirtuar tal conclusión la circunstancia de que en la notificación de la adjudicación se indicará como procedente el recurso contencioso administrativo, pues es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo que la indicación improcedente de los recursos, no constituye obstáculo para sustanciar y resolver el recurso que proceda si el interesado efectivamente lo interpone.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en los casos de desconcentración de facultades de contratación en el Ministerio de Defensa, contra los actos y acuerdos de los órganos de contratación que actúen facultades desconcentradas, singularmente el acto o acuerdo de adjudicación

del contrato, resulta procedente el recurso ordinario equivalente al anterior recurso de alzada.

2. Que el órgano competente para resolver el recurso ordinario a que se refiere la conclusión anterior es el órgano cuyas facultades se desconcentran, es decir, en el caso a que se refiere la consulta el Ministro de Defensa, por los argumentos expuestos en el cuerpo del presente informe.

3. Que de la primera conclusión deben exceptuarse y, por tanto, no admitir la posibilidad de recurso ordinario, aquellos actos y acuerdos en materia de contratación, respecto de los que exista declaración expresa de agotamiento de la vía administrativa, como hace el artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas., en relación con los acuerdos derivados del ejercicio de las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos.

4. Que el recurso ordinario interpuesto por la Empresa "Calzados Plásticos Españoles, S.A." contra la adjudicación del contrato, ha de ser tramitado como tal recurso ordinario y resolverse por el Ministro de Defensa.

Informe 51/96, de 22 de julio de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Creación de un Registro de licitadores.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Madrid se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente texto:

> *"De conformidad con lo establecido en el art. 10, en relación con la Disposición adicional final primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se eleva consulta a ese órgano sobre la corrección legal de constitución en este Ayuntamiento de un Registro de Licitadores, que agilizaría la tramitación de los procedimientos administrativos de contratación, según se razona en la propuesta que me ha dirigido la Secretaría General de esta Corporación, de la que le uno fotocopia como asimismo de las Normas que regularían su organización y funcionamiento."*

Como en el escrito se indica se acompaña al mismo un informe del Secretario General en funciones en el que se exponen las razones por las que se promueve la creación del Registro de Licitadores del Ayuntamiento de Madrid y se propone la consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como las normas que regularán la organización y funcionamiento del mismo, que por su interés a los efectos de este informe se transcriben a continuación.

El informe del Secretario General en funciones del Ayuntamiento es del siguiente literal:

> *"La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, como hace notar su Exposición de Motivos, trata de recoger un común denominador sustantivo que asegure, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles.*
>
> *Para lograr que estos principios se manifiesten en la realidad se asegura la libertad de concurrencia pero también se regulan las condiciones de los empresarios que pretendan contratar con la Administración, preocupándose de que la capacidad y solvencia de los mismos queden suficientemente acreditadas, recogiéndose en este particular la normativa comunitaria. Se exige también la clasificación de las empresas para los contratos de obras y para los que se celebran con empresas consultoras y de servicios y para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.*
>
> *Este interés del legislador se manifiesta luego en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley citada de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a los 26 artículos que contiene, 11 los dedica a la capacidad de las empresas, constituyendo el su capítulo II.*
>
> *La Ley exige, tal como señala el art. 80, que los documentos acreditativos de esta capacidad se acompañen en sobre aparte a las proposiciones, correspondiendo a la Mesa de Contratación calificar previamente a la apertura de las ofertas admitidas los documentos presentados en tiempo.*
>
> *En un Ayuntamiento como el de Madrid con un volumen de contratación muy intenso, pese a que existan Mesas constituidas en las Juntas de Distrito y en las Areas de Servicio, supone que la Mesa Central de Contratación asuma una amplia competencia en esta materia, puesto que todas las demás funciones dentro de los límites cuantitativos delegados por el Alcalde, que en general no sobrepasan los 15 millones de pesetas; es decir, la Mesa Central actúa respecto de los expedientes de contratación cuya resolución corresponde al Ayuntamiento en*

Pleno, a la Comisión de Gobierno o al propio Alcalde, si no lo tuviesen delegado en aquellos otros órganos citados anteriormente, o lo que es lo mismo todos los procedimientos de contratación de especial relieve o importancia o, si se quiere, moderada importancia, cuyo precio exceda del límite referido a los 15 millones.

Supone esto un cúmulo de trabajo en esta Mesa en un primer momento en la calificación previa de los documentos presentados, que luego continúa en la posterior apertura de las ofertas admitidas y en el estudio siguiente de las mismas con los asesoramientos técnicos adecuados para formular la propuesta de adjudicación. Esta tarea se agrava por el hecho de la gran concurrencia de oferentes a cuantas convocatorias de contratación realiza la Corporación.

Además, no puede olvidarse que son muchas las empresas que se presentan con regularidad a las licitaciones en campos muy distintos de la actividad municipal, que tienen que repetir en todos los casos documentación de carácter general que no afecta directamente al objeto del contrato.

Todas estas circunstancias aconsejan buscar fórmulas que, manteniendo la seguridad de los procedimientos de contratación, en lo que supone de acreditación debida de la capacidad de los contratistas, faciliten la concurrencia y agilicen su tramitación, principios éstos de agilidad y simplificación procedimental a los que no es ajena la nueva Ley, y a los que expresamente alude en la Exposición de Motivos, señalando con un carácter ejemplificador diversas situaciones recogidas en su articulado en las que los mismos se hacen patentes.

No obstante, como el deber de acompañar los documentos en sobre aparte de las proposiciones, viene establecido de manera concreta en el art. 80 de la Ley, antes de tomar medidas agilizadoras como las que luego se van a señalar, aún cuando se acomoden a ese principio de agilidad - en definitiva, de mayor eficacia, que apoya la propia Constitución -, parece conveniente que se eleve consulta sobre su procedencia a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuya competencia se extiende a este municipio, en defecto de regulación específica dictada por la Comunidad Autónoma de Madrid, conforme establecen el art. 10 y la Disposición final primera de la Ley.

La consulta, en concreto, es la de si es posible que los empresarios acrediten con carácter general ante el Ayuntamiento de Madrid su capacidad, representación, clasificación y encontrarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, de manera que mientras se mantenga la validez de los documentos justificativos de estos extremos no sea precisa su exigencia en los procedimientos contractuales a los que se presenten, bastando para tomar parte en cualquier licitación la presentación del correspondientes certificado acreditativo de dichos extremos y de los documentos que justifiquen la constitución de la fianza provisional y aquellas otras distintas circunstancias exigidas en cada expediente licitatorio en particular.

A este particular, integrado en la Secretaría General del Ayuntamiento y dentro del Departamento de Contratación dependiente de ella, se constituiría un Registro de Licitadores donde se anotarían todos estos datos y, a la vez, se guardaría la documentación presentada justificativa de los mismos.

Este Registro se regularía por las normas que se adjuntan a este escrito."

Las normas de organización y funcionamiento del Registro de Licitadores se proponen con la siguiente redacción:

"Artículo 1.

1. El Registro de Licitadores tiene como finalidad facilitar la concurrencia y agilizar la tramitación de los procedimientos administrativos de contratación del Ayuntamiento de Madrid.

2. El Registro de Licitadores se integra orgánicamente en el Departamento de Contratación de la Secretaría General, dentro de la Primera Tenencia de Alcaldía.

Artículo 2.

El Registro de Licitadores asume las siguientes funciones:

a) La inscripción en el mismo de aquellas personas naturales o jurídicas de nacionalidad española que lo soliciten y en las que concurran las circunstancias establecidas al objeto en estas normas.

b) La guarda o custodia de la documentación entregada por los licitadores que sean inscritos en el Registro.

c) La actualización de los datos registrales.

d) Expedición de certificaciones sobre los datos y documentos contenidos en el Registro a instancia de los licitadores para su participación en los procedimientos de contratación que se promuevan por los órganos competentes del Ayuntamiento de Madrid o de sus organismos autónomos.

e) Informar a solicitud de parte o de oficio a los órganos de contratación municipales y a los servicios administrativos, y a los particulares que posean un interés legítimo y directo, de los datos que obren en el Registro, en relación con un procedimiento contractual concreto.

Artículo 3.

El Registro de Licitadores extenderá su eficacia a todas las licitaciones referidas a los contratos administrativos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, de consultoría, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, y de cualquier otro contrato de naturaleza administrativa que celebren los órganos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos con competencia propia o delegada para contratar.

Artículo 4.

1. Los licitadores que pretendan contratar con el Ayuntamiento de Madrid o sus organismos autónomos, quedarán dispensados de presentar en los procedimientos contractuales la documentación que haya sido inscrita en el Registro y depositada en el mismo, siempre y cuando se encuentre debidamente actualizada.

2. Los licitadores inscritos en el Registro únicamente deberán acompañar a las proposiciones, respecto de aquella documentación que obre correctamente depositada en el mismo, certificación expedida por el Secretario General a propuesta del Jefe del Departamento de Contratación, que surtirá plenos efectos ante las Mesas de Contratación.

Artículo 5.

1. La solicitud de inscripción en el Registro podrá formularse por todas aquellas personas naturales y jurídicas españolas que pretendan contratar con el Ayuntamiento de Madrid o sus organismos autónomos.

2. La inscripción en el Registro es voluntaria, sin que, por tanto, constituya un requisito necesario para poder participar en un procedimiento contractual.

Artículo 6.

1. La capacidad de obrar de las empresas que fueren personas jurídicas se acreditará mediante escritura de constitución y de modificación, en su caso, inscritas en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, 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.

Para los empresarios individuales será obligatoria la presentación del DNI o el que, en su caso, le sustituya reglamentariamente.

2. Apoderamiento en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil o, en su caso, en sus estatutos, o en el registro legal correspondiente, que tenga valor general para actuar en cualquier procedimiento de contratación ante el Ayuntamiento de Madrid o sus organismos autónomos, con poder declarado bastante por el Secretario General.

3. Documento acreditativo de la clasificación para los casos en que la misma deba ser exigida conforme a lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta los límites establecidos en este precepto o que puedan señalarse en el futuro por el Ministerio de Economía y Hacienda.

4. Certificación acreditativa de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias generales así como de las correspondientes con respecto al Ayuntamiento de Madrid, y de Seguridad Social, en los términos y con la extensión que establecen los artículos 7 y 8 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de Desarrollo Parcial de la Ley 13/95, de 18 de mayo.

5. Los documentos a que se refiere este artículo podrán ser originales o copias de éstos que tengan carácter de auténticas conforme a la normativa vigente.

Artículo 7.

La inscripción de la empresa o del empresario en el Registro de Licitadores, una vez formulada solicitud acompañada de la documentación correspondiente, se acordará por el Primer Teniente de Alcalde a propuesta de la Secretaría General, resolución que deberá ser notificada al interesado, todo ello sin perjuicio de la posterior actualización de los datos registrales.

Artículo 8.

1. El Departamento de Contratación podrá requerir cuando lo considere pertinente a los licitadores inscritos o pendientes de inscripción a efectos de comprobación de los datos aportados y de su vigencia.

2. No obstante lo establecido en el punto anterior las empresas y empresarios inscritos quedan obligados a poner en conocimiento del Registro de

Licitadores, inmediatamente de producidas, cualquier alteración o modificación que afecte a la escritura de constitución o modificación, estatutos o acto fundacional, presentados, así como a la de poder para actuar en su nombre y a la clasificación que posea.

3. En todo caso, en lo que respecta a la clasificación deberá tenerse en cuenta lo establecido en el art. 30.3 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de manera que transcurrido el plazo señalado en este precepto de la fecha en que se hubiese obtenido, el documento presentado perderá plenamente su validez.

4. Perderán igualmente su valor las certificaciones justificativas de obligaciones tributarias y de Seguridad Social a partir de los seis meses contados desde la fecha de expedición. No obstante, si la certificación caducase antes de la adjudicación del contrato, el licitador propuesto como adjudicatario deberá presentar una certificación actualizada a requerimiento del órgano de contratación.

Artículo 9.

Por la Primera Tenencia de Alcaldía, a propuesta de la Secretaría General y previa formación de expediente con audiencia del interesado, podrá disponer la suspensión temporal o la anulación definitiva de la inscripción del contratista, del que obren datos y documentos registrales incursos en falsedad, inexactitudes relevantes o que no hayan realizado las comunicaciones preceptivas establecidas en esta norma a efectos de actualización de la inscripción, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y de las que pudiera derivarse el deber de indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios causados por tal motivo."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar a examinar la cuestión que plantea el Ayuntamiento de Madrid debe analizarse el régimen de los Registros que afectan a las empresas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y su aplicación en el sistema general de la gestión de la contratación administrativa.

El artículo 15.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, exige que los empresarios que sean personas jurídicas acrediten su capacidad de obrar mediante la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil, siendo suficiente, cuando se trate de empresarios no españoles miembros de la Unión Europea, acreditar su inscripción en un registro profesional o comercial cuando este requisito sea exigido por la legislación del Estado respectivo. El artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil lo será cuando tal requisito venga impuesto por la legislación mercantil que le sea aplicable, y si no lo fuere acreditarán su inscripción en el correspondiente Registro oficial. Respecto de los empresas de Estados miembros de la Unión Europea o signatarios del Acuerdo del Espacio Económico Europeo el artículo 5 requiere la acreditación de la inscripción en los Registro que respecto de cada Estado señala el Anexo I.

La finalidad de ambas normas es transponer para su aplicación lo establecido al efecto por las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, de obras y de suministros, respectivamente, en el sector público, que determinan cuales son los Registros que en cada Estado miembro resultan exigibles para acreditar el acceso de una empresa a los contratos sometidos a su ámbito objetivo, con la única consecuencia que transciende a los efectos de este informe, cual es que no podrá ser exigido a ninguna empresa de cualquier Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo del Espacio Económico Europeo la inscripción en otro Registro distinto de los

que se reflejan en el citado anexo I del Real Decreto 390/1996, ya que la inscripción en el Registro Mercantil o en los correspondientes Registros oficiales es requisito previo que se ha de cumplir para acceder a la inscripción en los Registros que se refieren a España en las Directivas citadas.

Otro tipo de Registro Oficial que afecta especialmente a las empresas y a las Administraciones Públicas, en la licitación y adjudicación de los contratos de obras cuyo importe sea igual o superior a veinte millones de pesetas o a los contratos de consultoría y asistencia, a los de servicios y a los de trabajos específicos y concretos no habituales cuyo importe sea igual o superior a diez millones de pesetas, es el Registro Oficial de Contratistas, regulado por el artículo 35 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda se lleva por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y sustituye a los antiguos Registro Oficial de Contratistas de Obras y Registro Central de Empresas Consultoras y de Servicios. En el Registro Oficial de Contratistas se inscriben las empresas clasificadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. El artículo 35, en su apartado 2, dispone que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propios Registros Oficiales de Contratistas, posibilidad que evidentemente va unida al ejercicio competencial de cada Comunidad Autónoma respecto de la previsión contenida en el artículo 29.3, ya que, como se indica, la característica básica de tales Registros Oficiales de Contratistas es la inscripción de empresas clasificadas.

Al no existir atribución competencial para la clasificación de empresas a las Entidades locales, que aplicarán para sus contratos la clasificación otorgada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o alternativamente, sin exclusión de ésta, la que establezca la correspondiente Comunidad Autónoma, no existe ninguna referencia en la Ley de Contratos de las Administraciones Pública que permita a las Corporaciones Locales crear sus propios Registros Oficiales de Contratistas, ya que el artículo 35 vincula tal tipo de Registro a aquel en el que se inscriban las empresas clasificadas.

2. Precisado en tal sentido el régimen atribuible a los Registros Oficiales de Contratistas, debe determinarse, atendiendo la consulta formulada, la posibilidad de que los órganos de contratación, y entre ellos las Entidades Locales, creen Registros Oficiales en los que se inscriban las empresas interesadas con carácter facultativo, sin que en ningún caso pueda resultar tal exigencia como obligatoria, como elemento de simplificación de trámites y de evitar repeticiones de acreditación documental innecesaria en los distintos contratos que se liciten, de acuerdo con una de las finalidades perseguidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expuestas en su preámbulo.

La creación de Registros de Licitadores, como instrumento en el que se inscriben las empresas que lo desean, para dejar constancia de los elementos que acreditan su personalidad jurídica y su capacidad de obrar conforme a los dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como de los poderes de representación de las mismas otorgados a personas físicas, la no concurrencia de causas de prohibición para contratar determinadas en el artículo 20 de la Ley, la clasificación otorgada a las empresas conforme al régimen que les resulte de aplicación respecto de cada tipo de contrato en función de su objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes y en el artículo 80.2, responde a una competencia derivada de la autorregulación de los trámites que se enmarcan en el expediente de contratación, en tanto tienen como finalidad la simplificación de los trámites administrativos y benefician a las empresas que no se ven obligadas a la continua repetición de la acreditación documental de tales datos o requisitos en cada contrato licitado por el mismo órgano de contratación o Administración Pública.

3. Analizando el informe del Secretario General en funciones del Ayuntamiento de Madrid y las normas que se proponen para regular la organización y funcionamiento del Registro de Licitadores del Ayuntamiento de Madrid se observa que tal acción simplificadora es la que justifica su creación y en tal sentido redundará en beneficio de

las empresas, con evidente disminución de sus costes en el proceso de la licitación, y agilizará la gestión de las Mesas de Contratación en la comprobación previa documental de las características y acreditaciones de las empresas, bastando simplemente para tomar parte en cualquier licitación, si lo desean, el correspondiente certificado acreditativo de su inscripción en el Registro de Licitadores que surtirá exclusivamente efectos respectos de los datos consignados en el mismo, acompañando necesariamente aquellos otros documentos que deban presentarse conjuntamente con la proposición de la empresa y que en tal sentido se determinen en el pliego y en el anuncio del contrato.

Las normas que se proponen responden a tal criterio. En su articulo 1 se expresa la finalidad del Registro de Licitadores de agilizar la tramitación de los procedimientos administrativos de contratación del Ayuntamiento. El artículo 2 determina las funciones atribuidas al Registro y el artículo 3 extiende su aplicación a todos los órganos que se integran en el Ayuntamiento. El artículo 4 fija el efecto derivado de la inscripción y el artículo 5 precisa su carácter voluntario respecto de quienes deseen utilizar esta opción. El articulo 6 viene a regular los datos de las empresas que serán susceptibles de acreditación en el Registro de Licitadores y que por tanto quedarán excluidos de su repetición en la acreditación en las diversas licitaciones, estando referidos a la justificación de la capacidad de obrar y de la personalidad jurídica, los apoderamientos, la acreditación, en su caso, de la clasificación que deba ser exigida conforme a los dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y, por último la certificación acreditativa de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones con la Hacienda Pública y con la Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, y con la Seguridad Social, en los términos establecidos en los artículos 7 y 8 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 8 pierden su valor en función del plazo al que se vincula la duración del documento acreditado por la empresa. Los artículos 7 y 9 se refieren al régimen de la inscripción y suspensión o anulación de la misma.

Desde el análisis de estas normas se ha de concluir que la restante documentación acreditativa se ha de entregar acompañando al certificado de inscripción en el Registro de Licitadores, por lo que cabe preguntarse si el texto atribuido al artículo 6.4 que se refiere a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social abarcan de forma completa el alcance de tal acreditación. Respecto de las obligaciones tributarias dos son lo documentos que han de presentar las empresas; por una parte la certificación expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o, en su caso, por las correspondientes Diputaciones Forales de régimen económico especial, acreditativa del carácter positivo señalado en el artículo 9.2 del Real Decreto 390/1996, que no se cita en el las normas propuestas, por otra parte la misma certificación positiva expedida por el Ayuntamiento de Madrid respecto de sus tributos en los términos establecidos en el artículo 7.1, e) del mismo texto reglamentario; por otra parte la acreditación prevista en el artículo 7.1, a) sobre estar dadas de alta las empresas en el Impuesto sobre Actividades Económicas y , en su caso, del último recibo del Impuesto, en el epígrafe correspondiente a la actividad del objeto del contrato. Parece pues conveniente ampliar el contenido normativo a estos supuesto o diferirlo a su acreditación en cada contrato.

Respecto del texto propuesto en el artículo 9 debe advertirse que cuando se aprecie la falsedad o cualquier otra causa que de lugar a la declaración de la prohibición para contratar conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, deberá procederse a la tramitación del correspondiente expediente previsto en el artículo 21 de la misma Ley y en los artículos 12 y 13 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que siendo de mayor efecto tal declaración debería modificarse el texto propuesto en el siguiente sentido:

"... efectos de actualización de la inscripción, sin perjuicio *de que se aprecie la concurrencia de causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se declare la misma conforme al procedimiento establecido en los artículo 12 y 13 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y* de las responsabilidades a que hubiere lugar y de las que ...".

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los Registros Oficiales de Contratistas, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, están destinados a la inscripción de las empresas clasificadas y por tanto, además del Registro Oficial de Contratistas dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el apartado 1 del artículo, solo pueden ser creados por las Comunidades Autónomas que asuman las competencias de clasificación de empresas en los términos establecidos en el artículo 29.3.

2. Que la acción propuesta por el Ayuntamiento de Madrid es un instrumento adecuado para la simplificación de los trámites inherentes al procedimiento de contratación por lo que se considerada adecuada, con las observaciones que se indican, la creación del Registro de Licitadores del Ayuntamiento de Madrid.

3. Que no podrá ser impuesta a las empresas la obligación de inscripción en cualquier Registro que no sea los regulados con carácter preceptivo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con los efectos que de los misma se derivan, por lo que la existencia de Registros de Licitadores estará condicionada a la opción voluntaria de inscripción en el mismo por parte de los empresarios.

Informe 52/96, de 22 de julio de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Creación de un Registro de Contratistas de Obras por un Ayuntamiento.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente texto:

"Este Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria está interesado, por las evidentes razones que ello implica, en la creación de un Registro de Contratistas de Obras.

Ciertamente la idea se ha venido manejando desde viejo, a instancia de distintas partes, pero por distintas circunstancias no se ha materializado; haciéndose en la actualidad su creación además de necesaria, urgente.

Trasladado el informe preparado en este ámbito por la Jefatura del Servicio de Contratación, al Sr. Vicesecretario General de la Corporación, como asesor jurídico de Contratación, según contempla el artículo 113.4ª; del Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, lo estimó asumible en los términos expresados posteriormente, ratificando la conveniencia de un previo dictamen de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La idea que se pretende es establecer el citado Registro en las condiciones que aparecen recogidas en el escrito del Sr. Jefe del Servicio de Contratación, ya mencionado, es decir, su extensión se limita a estos aspectos:

1) Existencia de una base de datos de contratistas de obras denominado Registro de Contratistas de Obras, que voluntariamente han solicitado al Ayuntamiento su acceso al mismo, previa acreditación de un interés legítimo y que reúnen los requisitos previstos en la legislación para contratar con la Administración.

2) Existencia de un conjunto de documentos aportados por los interesados acreditativos de su condición, y de que pueden contratar con el Ayuntamiento, que después de ser analizados por los servicios técnicos y jurídicos competentes se incorporará a los archivos al efecto, de tal manera que será el punto de partida para que un empresarios quede nominado en el Registro. Ello implicará que en lo sucesivo, dichos empresarios no tendrán necesidad de aportar en cada ocasión que licitan aquella documentación, puesto que ya consta. En este aspecto, la única obligación consistiría en actualizarla oportunamente.

3) La base de datos o Registro de Contratistas serviría, además, para, en los procedimientos negociados sin publicidad, tomar de aquélla las personas según los perfiles que procedan y formularles invitación.

4) Explicitar en las fichas personales las incidencias que se deriven de los contratos suscritos para tener un historial de méritos y deméritos que den apoyo a toma de decisiones en materia de adjudicación.

5) Para mejorar los criterios objetivos de adjudicación o adopción de nuevos criterios, en función del estudio de las incidencias habidas en el desarrollo de los contratos y su valoración.

Se insiste especialmente en que en dicha exposición no se recoge posibilidad alguna de clasificar contratistas ni de ejecutar ninguna de las funciones atribuidas legalmente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ni a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias; en definitiva, el fin único es facilitar a los licitadores la simplificación de los trámites administrativos y paralelamente agilizar las tareas burocráticas municipales en materia de contratación.

De otro lado, el artículo 35 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, disciplina que el Registro Oficial de Contratistas se llevará por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; así como que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propios Registros Oficiales de Contratistas. De esta norma surgen dudas sobre la viabilidad del propósito, pero estimamos que de la manera planteada -de hecho se trata de una base de datos complementada con documentación justificativa de aptitud para contratar- puede prosperar.

Con fundamento en lo establecido en el artículo 10 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 17 del Decreto 30/1.991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, me permito rogarle la emisión de dictamen en orden a las siguientes cuestiones:

¿Es viable por este Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria constituir un Registro de Contratistas en los términos explicitados en el informe del Sr. Jefe del Servicio de Contratación de este Ayuntamiento? Dichos términos son los cinco enunciados transcritos al inicio del presente escrito.

¿Si eventualmente el título puede dar lugar a confusiones, es viable la propuesta bajo otra denominación distinta?

Se anexa copia compulsada del informe de la Jefatura del Servicio de Contratación así como del emitido por el Sr. Vicesecretario General de la Corporación, en este contexto."

El informe del Vicesecretario General del Ayuntamiento carece de relevancia a efectos de este informe al haber sido recogido en el texto del escrito del Alcalde transcrito.
La propuesta de establecimiento del Registro Especial de Contratistas de Obras es del siguiente literal:

"Antecedentes

El Ayuntamiento Pleno de Las Palmas de Gran Canaria, en sesión extraordinaria de fecha 25 de septiembre de 1.992 adoptó distintas medidas al objeto de garantizar la transparencia de sus actuaciones y para control de las eventualmente irregulares.

En este sentido, y en el contexto de las actividades de contratación en general, dispuso, entre otras, el establecimiento de un Registro Especial de Proveedores y Contratistas, que recogerá las incidencias que se deriven de los contratos de obras o de suministros, para tener en cuenta por la Comisión Informativa de Contratación, en el momento de emitir sus dictámenes y, naturalmente, por los órganos de contratación en las ulteriores adjudicaciones.

De otro lado, ha existido un decantamiento verbal de los más habituales licitadores municipales a favor de dicho Registro, por las ventajas de orden simplificativo en materia burocrática que su creación conllevaría; incluso a nivel de Asociaciones profesionales se ha solicitado formalmente en alguna oportunidad.

Abundar con más fundamentos en la conveniencia del mencionado Registro resulta superfluo, puesto que su utilidad es evidente.

En los últimos tiempos han habido variados intentos para su instauración, que por una causa u otra no han prosperado. En cualquier caso, se estima que debe ser afrontado definitivamente, en paralelo con la nueva ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Teniendo en cuenta, además, que las contrataciones que posibilita la legislación son diversas (obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios, trabajos específicos y concretos no habituales), y en consecuencia el origen de los contratistas y los requisitos para licitar no son en todo coincidentes, conviene, con independencia de la existencia de un segmento de formalidades comunes, estudiar su fundación por estadios, y desde esa óptica la presente comunicación se refiere a un Registro de Contratistas de obras; dejando para más adelante su ampliación a un segundo nivel, relativo a proveedores y suministradores; y por último, a contratistas de gestión de servicios públicos, consultoría y asistencia y servicios.

Contenido y viabilidad legal

Naturalmente, la pretensión de este Registro municipal no implica invadir competencias de otros Entes, por demás irregular desde una perspectiva de la legislación, sino exclusivamente facilitar y agilizar la labor administrativa interna, especialmente de la Mesa de Contratación y del Servicio de Contratación, y, sobre todo, dar mayores facilidades a los contratistas en sus relaciones con este Ayuntamiento al simplificarles la documentación a cumplimentar en cada licitación.

El registro de Contratistas de obras que nos ocupa, con base en lo anterior, se concretaría en:

1) Existencia de una base de datos de contratistas de obras denominado Registro de Contratistas de Obras, que voluntariamente han solicitado al Ayuntamiento su acceso al mismo, previa acreditación de un interés legítimo y que reúnen los requisitos previstos en la legislación para contratar con la Administración.

2) Existencia de un conjunto de documentos aportados por los interesados acreditativos de su condición, y de que pueden contratar con el Ayuntamiento, que después de ser analizados por los servicios técnicos y jurídicos competentes se incorporará a los archivos al efecto, de tal manera que será el punto de partida para que un empresario quede nominado en el Registro. Ello implicará que en lo sucesivo, dichos empresarios no tendrán necesidad de aportar en cada ocasión que licitan aquella documentación, puesto que ya consta. En este aspecto, la única obligación consistiría en actualizarla oportunamente.

3) La base de datos o Registro de Contratistas serviría, además, para, en los procedimientos negociados sin publicidad, tomar de aquélla las personas según los perfiles que procedan y formularles invitación.

4) Explicitar en las fichas personales las incidencias que se deriven de los contratos suscritos para tener un historial de méritos y deméritos que den apoyo a toma de decisiones en materia de adjudicación.

5) Para mejorar los criterios objetivos de adjudicación o adopción de nuevos criterios, en función del estudio de las incidencias habidas en el desarrollo de los contratos y su valoración.

Sentadas, pues, las finalidades del Registro, y los altos beneficios que nacen de su implantación; ha de hacerse mención, a continuación, al artículo 35 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicha norma prevé el Registro Oficial de Contratistas, dependiente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; así como Registros Oficiales de Contratistas en las Comunidades Autónomas. Pero no hace alusión a otros.

Tal artículo puede sugerir dudas sobre la viabilidad de la propuesta; pero estimo que el Registro que se propone sería viable en los términos expresados, dado que no invade competencias de aquéllos; y en todo caso la propuesta supone un registro sui generis limitado a los aspectos señalados, que quizás podría revestir más la forma de fichero automatizado de datos, complementado con documentación justificativa de aptitud para contratar con este Ayuntamiento.

Por otro lado, a mayor abundamiento, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria no va a clasificar contratistas; al contrario, en consonancia con la vigente legislación, se recoge que los empresarios deben presentar la otorgada por los organismos públicos competentes exclusivamente (Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la propia de la Comunidad Autónoma).

La consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por la Alcaldía-Presidencia, en este contexto, nos permitiría tomar una decisión sólida, en la línea que dictaminen, apoyada en un informe de prestigio.

También es recomendable un informe, con anterioridad al de la Junta, de la Secretaría municipal.

Solicitud de acceso al Registro de Contratistas de Obras

En principio, podrán solicitar su incorporación al Registro de Contratistas de Obras del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria los empresarios que reúnan los requisitos previstos en la vigente legislación para la ejecución de proyectos de obras, constituida básicamente por la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el Decreto 3.410/1.975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado y las disposiciones modificativas del mismo en lo que no se opongan a la ley anterior.

Las solicitudes, acompañadas de la restante documentación que posteriormente se indicará, se presentarán en la oficina del Registro General, dirigida al Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (Servicio de Contratación), calle León y Castillo, 270, 35005 Las Palmas de Gran Canaria.

Dicha documentación, una vez analizada por las personas facultadas, se trasladará a los archivos al efecto, y los empresarios que reúnan las condiciones adecuadas quedarán nominados en un Registro, en el que se asignará un folio a cada contratista.

En el mencionado folio se harán constar los detalles identificativos y las incidencias y otras circunstancias que en el desarrollo de sus relaciones con el Ayuntamiento haya lugar.

Las documentaciones defectuosas serán obviadas por sus titulares, previa invitación para ello.

Datos que ha de contener el escrito de petición

Las concreciones que el empresario aspirante ofrecerá en el escrito de solicitud serán las siguientes:

1.- Nombre o razón social.

2.- Domicilio Social del empresario.

3.- Número de Identificación Fiscal.

4.- Teléfono.

5.- Fax.

6.- Otros eventuales procedimientos de contacto.

7.- Nombre y apellidos y número del documento nacional de identidad de las personas capacitadas legalmente para representar y obligar a la empresa.

8.- Actividades de la empresa. Clasificación que ostenta según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (C.N.A.E.).

9.- Tipos de obra en los que se encuentra clasificado el contratista, con expresión de Grupos, subgrupos y categorías.

10.- Plazo de vigencia de la clasificación.

11.- Organismo expedidor de la clasificación.

12.- Declaración jurada o compromiso formal otorgado ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado de actualizar cuando sea oportuno los documentos correspondientes, y siempre antes de su caducidad; también de que en tanto no se sustituyan unos por otros, los depositados conservan plena vigencia; así como el reconocimiento expreso de que su incumplimiento le acarreará la baja en el Registro.

Documentos a acompañar a la solicitud de acceso al Registro

A la comunicación en la que se insta su inscripción en el Registro, ha de anexarse, obligatoriamente, esta documentación:

1.- Si se trata de empresario individual, fotocopia autenticada o testimonio notarial del Documento Nacional de Identidad o del que le sustituya reglamentariamente.

2.- Si la empresa fuese persona física, copia autenticada o testimonio notarial de:

. Escritura de constitución.

. Escritura de adaptación al vigente texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas, en su caso.

. Escritura de modificaciones, en su caso.

Todas debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

3.- Cuando se trate de empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, podrán acreditar su capacidad de obrar mediante inscripción en un registro profesional o comercial cuando este requisito sea exigido por la legislación del Estado respectivo, y en su defecto certificación acreditativa de

su capacidad para obrar expedida por la Embajada de España en el Estado correspondiente.

4.- Cuando se trate de empresarios no españoles de Estados no pertenecientes a la Unión Europea deberán acreditar su capacidad de obrar con certificación expedida por la Embajada de España en el Estado correspondiente. Además, deberán justificar mediante informe de la respectiva representación diplomática, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración, así como acreditar tener abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil.

5.- De las personas que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otros:

. Poder para ello, bastanteado por el Sr. Secretario General de la Corporación o Sr. Vicesecretario.

. Copia autenticada o testimonio notarial del Documento Nacional de Identidad o del que le sustituye legalmente.

6.- Documento de Clasificación del Estado expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; o, en su caso, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

7.- Aquellos empresarios que no posean clasificación, anexarán:

A) Para justificar la solvencia económica y financiera:

Informe de instituciones financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

Cuentas anuales referidas al ejercicio económico anterior al del año de presentación de la solicitud de inscripción en el Registro.

Declaración relativa a la cifra de negocios global de los trabajos realizados por la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios.

B) Para justificar la solvencia técnica:

Títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, de los responsables de las obras.

Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes.

Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que dispone el empresario para la ejecución de las obras.

Declaración indicando los efectivos personales, medios anuales de la empresa y la importancia de sus equipos directivos durante los tres últimos años.

Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de lo que ésta disponga para la ejecución de las obras.

8.- Los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea acreditarán su solvencia económica, financiera y técnica conforme a lo

significado en el apartado 7 precedente; así como su inscripción en el Registro al que se refiere al artículo 20.i) de la ley 13/1.995.

9.- Testimonio judicial, certificación administrativa o declaración responsable del licitador otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado, de no estar incurso en las prohibiciones con la Administración señaladas en el artículo 20 de la ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando se trate de empresas de Estados miembros de la Unión Europea y esta posibilidad esté prevista en la legislación del Estado respectivo, podrá sustituirse por declaración responsable otorgada ante una autoridad judicial.

10.- Certificaciones administrativas expedidas por los Organismos competentes de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, previsto en el artículo 20 de la citada ley 13/1.995.

Las aludidas certificaciones habrán de ser emitidas como máximo un mes antes de la presentación de solicitud de acceso al Registro de contratistas de obras de este Ayuntamiento.

A la certificación relativa a obligación de orden tributario se adjuntarán los siguientes documentos:

a) Declaración anual de operaciones de carácter estatal.

b) Declaración anual de operaciones del Impuesto General Indirecto Canario.

Los licitadores extranjeros, sean personas físicas o jurídicas, pertenecientes o no a Estados miembros de la Unión Europea que no tengan domicilio fiscal en España, deberán presentar certificación expedida por autoridad competente en el país de procedencia, acreditativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de las correspondientes obligaciones tributarias. Asimismo, habrán de presentar certificación también expedida por autoridad competente, en la que se acredite que se hallan al corriente en el cumplimiento de las obligaciones sociales que se exijan en el país de su nacionalidad. Esta documentación también habrá de referirse a los doce últimos meses.

11.- Para las empresas extranjeras, declaración de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponderle.

12.- Cualesquiera otros documentos, estudios, memorias, o información particular o general que crea adecuado.

Toda la documentación a presentar por los licitadores habrá de ser documentación original o bien copias que tengan carácter de auténticas o compulsadas conforme a la legislación vigente en la materia. Igualmente, la documentación se presentará en castellano, sin tachaduras, omisiones o defectos de este tenor.

Veracidad de los datos aportados

La falsedad en los datos o documentos aportados por el interesado que consten en el Registro dará lugar a su exclusión, dejándose anotación de constancia a los efectos oportunos, sin perjuicio de otras responsabilidades.

Organización y Mantenimiento del Registro

Corresponderá la organización y mantenimiento del Registro al Servicio de Contratación. El Registro estará compuesto por un libro-registro y los archivos de documentación.

El libro será foliado y numerado, destinando un folio para cada contratista, en el que se harían constar los datos que ha de ofrecer en el escrito de solicitud y los demás que convenga.

Si oportunamente se considerase necesario tratar informáticamente los datos del Registro, se adoptarían las medidas previstas en este contexto en la Ley Orgánica 5/1.992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, dictada en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, en principio los datos del Registro no van a ser objeto de cesión alguna; y únicamente accederán a ellos los integrantes de la Mesa de Contratación, y los funcionarios del Servicio de Contratación; los primeros, a los efectos de las competencias atribuidas por la ley 13/1.995, y los segundos, a los efectos del trabajo administrativo inherente a las contrataciones.

La solicitud de inscripción deviene voluntaria. Por tanto, el Registro, a los efectos de su incorporación al mismo, se considerará permanentemente abierto en el tiempo. El hecho de no figurar inscrito en el Registro no limitaría, en ningún supuesto, los derechos de los contratistas a licitar a las convocatorias que formule el Ayuntamiento; ni generaría su exclusión.

Materialización del Registro

La puesta en práctica del antedicho Registro de Contratistas, una vez evacuado el dictamen por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el caso de que sea favorable, puede ser de inmediato; si bien previamente:

a) Deben dotarse presupuestariamente los fondos, relativos al mobiliario y demás medios corporales que harán posible la atención de esta tarea.

b) La asignación de un espacio físico para ubicación de aquéllos, mediante ampliación de las Dependencias de Contratación."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. En informe 51/96, de esta misma fecha, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Madrid en relación con la creación de un Registro de Licitadores del Ayuntamiento señala los siguientes que por su importancia en relación con la consulta objeto de este informe debe reiterarse:

*"**1**. Antes de entrar a examinar la cuestión que plantea el Ayuntamiento de Madrid debe analizarse el régimen de los Registros que afectan a las empresas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y su aplicación en el sistema general de la gestión de la contratación administrativa.*

El artículo 15.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, exige que los empresarios que sean personas jurídicas acrediten su capacidad de obrar mediante la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil, siendo suficiente, cuando se trate de empresarios no españoles miembros de la Unión Europea, acreditar su inscripción en un registro profesional o comercial cuando este requisito sea exigido por la legislación del Estado respectivo. El artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil lo será cuando tal requisito venga impuesto por la legislación mercantil que le sea aplicable, y si no lo fuere acreditarán su inscripción en el

correspondiente Registro oficial. Respecto de los empresas de Estados miembros de la Unión Europea o signatarios del Acuerdo del Espacio Económico Europeo el artículo 5 requiere la acreditación de la inscripción en los Registro que respecto de cada Estado señala el Anexo I.

La finalidad de ambas normas es transponer para su aplicación lo establecido al efecto por las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, de obras y de suministros, respectivamente, en el sector público, que determinan cuales son los Registros que en cada Estado miembro resultan exigibles para acreditar el acceso de una empresa a los contratos sometidos a su ámbito objetivo, con la única consecuencia que transciende a los efectos de este informe, cual es que no podrá ser exigido a ninguna empresa de cualquier Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo del Espacio Económico Europeo la inscripción en otro Registro distinto de los que se reflejan en el citado anexo I del Real Decreto 390/1996, ya que la inscripción en el Registro Mercantil o en los correspondientes Registros oficiales es requisito previo que se ha de cumplir para acceder a la inscripción en los Registros que se refieren a España en las Directivas citadas.

Otro tipo de Registro Oficial que afecta especialmente a las empresas y a las Administraciones Públicas, en la licitación y adjudicación de los contratos de obras cuyo importe sea igual o superior a veinte millones de pesetas o a los contratos de consultoría y asistencia, a los de servicios y a los de trabajos específicos y concretos no habituales cuyo importe sea igual o superior a diez millones de pesetas, es el Registro Oficial de Contratistas, regulado por el artículo 35 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda se lleva por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y sustituye a los antiguos Registro Oficial de Contratistas de Obras y Registro Central de Empresas Consultoras y de Servicios. En el Registro Oficial de Contratistas se inscriben las empresas clasificadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. El artículo 35, en su apartado 2, dispone que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propios Registros Oficiales de Contratistas, posibilidad que evidentemente va unida al ejercicio competencial de cada Comunidad Autónoma respecto de la previsión contenida en el artículo 29.3, ya que, como se indica, la característica básica de tales Registros Oficiales de Contratistas es la inscripción de empresas clasificadas.

Al no existir atribución competencial para la clasificación de empresas a las Entidades locales, que aplicarán para sus contratos la clasificación otorgada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o alternativamente, sin exclusión de ésta, la que establezca la correspondiente Comunidad Autónoma, no existe ninguna referencia en la Ley de Contratos de las Administraciones Pública que permita a las Corporaciones Locales crear sus propios Registros Oficiales de Contratistas, ya que el artículo 35 vincula tal tipo de Registro a aquel en el que se inscriban las empresas clasificadas.

***2**. Precisado en tal sentido el régimen atribuible a los Registros Oficiales de Contratistas, debe determinarse, atendiendo la consulta formulada, la posibilidad de que los órganos de contratación, y entre ellos las Entidades Locales, creen Registros Oficiales en los que se inscriban las empresas interesadas con carácter facultativo, sin que en ningún caso pueda resultar tal exigencia como obligatoria, como elemento de simplificación de trámites y de evitar repeticiones de acreditación documental innecesaria en los distintos contratos que se liciten, de acuerdo con una de las finalidades perseguidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expuestas en su preámbulo.*

La creación de Registros de Licitadores, como instrumento en el que se inscriben las empresas que lo desean, para dejar constancia de los elementos que acreditan su personalidad jurídica y su capacidad de obrar conforme a los dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como de los poderes de representación de las mismas otorgados a personas físicas, la no concurrencia de causas de prohibición para contratar determinadas en el artículo 20 de la Ley, la clasificación otorgada a las empresas conforme al régimen que les resulte de aplicación respecto de cada tipo de contrato en función de su objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes y en el artículo 80.2, responde a una competencia derivada de la autorregulación de los trámites que se enmarcan en el expediente de contratación, en tanto tienen como finalidad la simplificación de los trámites administrativos y benefician a las empresas que no se ven obligadas a la continua repetición de la acreditación documental de tales datos o requisitos en cada contrato licitado por el mismo órgano de contratación o Administración Pública."

En el informe se concluye respecto de la consulta que los Registros Oficiales de Contratistas, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, están destinados a la inscripción de las empresas clasificadas y por tanto, además del Registro Oficial de Contratistas dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el apartado 1 del artículo, solo pueden ser creados por las Comunidades Autónomas que asuman las competencias de clasificación de empresas en los términos establecidos en el artículo 29.3; que la acción propuesta por el Ayuntamiento de Madrid es un instrumento adecuado para la simplificación de los trámites inherentes al procedimiento de contratación por lo que se considerada adecuada, con las observaciones que se indican, la creación del Registro de Licitadores del Ayuntamiento de Madrid; y que no podrá ser impuesta a las empresas la obligación de inscripción en cualquier Registro que no sea los regulados con carácter preceptivo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con los efectos que de los misma se derivan, por lo que la existencia de Registros de Licitadores estará condicionada a la opción voluntaria de inscripción en el mismo por parte de los empresarios.

2. Si no idénticas en su contenido las acciones del Ayuntamiento de Madrid y del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria sí presentan algunas características coincidentes y otras manifiestamente distintas que deben ser analizadas.

Por una parte son coincidentes en que en ambas se trata de simplificar los trámites inherentes al procedimiento administrativo de la contratación administrativa permitiendo que los empresarios interesados se inscriban en un Registro, previa la presentación, en la Administración que lo crea, de los documentos que acreditan su personalidad jurídica, su capacidad de obrar, la no concurrencia de causa de prohibición para contratar establecida en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o su clasificación como empresa contratista de obras o como empresa consultora y de servicios. Son distintas, no en cuanto al ámbito en el que se pretenda que cause efecto, que en el caso del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria se circunscribe a los contratos de obras, sino a la acreditación registral de otros requisitos de gran transcendencia en la contratación como es la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de la empresa, la mera declaración sin mención expresa del acto a que se refiere, en el caso de empresas extranjeras, de someterse a la jurisdicción de los Tribunales españoles, así como otros datos más relacionados con la propia actividad vinculada a la ejecución de obras (actividad de la empresa y clasificación que ostenta en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas).

3. Partiendo de las consideraciones expuestas en el informe 51/96, citado, se ha de señalar que la acción pretendida por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria es conforme a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si se altera la denominación atribuida al Registro Oficial de Contratistas de Obras por

otra, como por ejemplo la de Registro de Licitadores, que la diferencia de aquella al estar reservada tal denominación a los Registros Oficiales en los que se inscriban las empresas que hayan sido clasificadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas que hayan hecho uso de la competencia que les atribuye el artículo 29.3. de la misma Ley, facultad que no se atribuye a las Corporaciones Locales, que no pueden crear Registros Oficiales de Contratistas (art. 35).

4. En cuanto se refiere a la inscripción de otros datos, previa su acreditación, debe advertirse que han de tenerse en cuenta las características y la funcionalidad de los mismos en el expediente de contratación, es decir respecto de un contrato determinado y no respecto de una generalidad de los mismos, en el sentido que a continuación se indica.

Respecto de la solvencia de los empresarios que no posean clasificación se requiere en la propuesta la aportación de todos los medios que enumeran los artículos 16 y 17 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin analizar previamente que ambos artículos tienen una redacción referida a la singularidad de cada contrato y que, en función de la misma, el órgano de contratación determinará si la solvencia se ha de acreditar por uno de los medios que señala, por varios de ellos o por todos y en que alcance o contexto, por lo que difícilmente pueden ser acreditados en un Registro cuya finalidad es la sustitución documental de carácter general, pero no la de carácter particular de cada contrato, que en función de sus propias características obligarán a la acreditación de medios distintos y de personal idóneo. Se olvida la acción que el artículo 15.3 dispone que cuando sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados entre los reseñados en los artículos 16 a 19. Por ejemplo, respecto de la solvencia económica y financiera de una empresa, se ignora por el contenido de la propuesta, que no es acreditable con carácter general para todos los contratos que se liciten por el Ayuntamiento sino que tal solvencia es la resultante de la consolidación económica de la empresa respecto del contrato a ejecutar, determinando si tal consolidación le permite concertar nuevas obligaciones respecto de las que tengan asumidas, y que respecto de la solvencia técnica o profesional su acreditación se singulariza por las características concretas de las obras a ejecutar. No puede tal previsión de inscripción registral establecer un símil de clasificación respecto de aquellas empresas que no reúnen tal requisito o que no están obligados a observarlo, ya que si el sistema de clasificación de empresas se basa en la determinación de la solvencia de las empresas en sus diferentes aspectos previstos en los artículos 16, 17 y 19, tal valoración está referida a una pluralidad de contratos durante el tiempo que se otorga en función de las características de cada empresa clasificada.

Respecto de la exigencia a las empresas extranjeras de acreditación documental, a efectos de inscripción en el Registro propuesto, de una declaración de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, deben advertirse que tal acreditación documental está íntimamente ligada, por su propia naturaleza, a cada contrato no debiéndose sustituir su presentación expresa por su acreditación previa de duración no preestablecida cual es la que se contiene en la pretendida inscripción registral.

5. La propuesta que contiene elementos de simplificación de la tramitación de los procedimientos de contratación, con los beneficios consiguientes para el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, y en especial para las Mesas de Contratación, no prevé el carácter facultativo de las empresas para inscribirse en el mismo, como se ha señalado anteriormente, ni los sistemas de mantenimiento de la información y adecuación de la misma a la caducidad de los datos o situaciones inscritos, sin contemplar que las empresas deben actualizar su inscripción cuando se produzca cualquier modificación de los datos que sustentan la inscripción, que en algunos casos

dependen de la decisiones de las empresas, tales como la modificación del objeto social, domicilio social, administradores de la empresa, otorgamiento de poderes de representación, etc., y en otros son consecuencia de la caducidad o variación de los mismos, como la caducidad de las certificaciones acreditativas de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, cuya vigencia se limita al plazo de seis meses desde que son expedidas (art. 10.3 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas) o la revisión de las clasificaciones concedidas a las empresas, cuya duración se extiende en cada caso a los plazos de dos o cuatro años.
La propuesta debe adecuarse a lo establecido en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, ya que no contiene referencia al sistema de acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias del Estado y de la Administración Local (art. 7), ni de los documentos que determinarán tal cumplimiento, que son la certificación positiva expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o, en su caso, por las correspondientes Diputaciones Forales de régimen económico especial, o por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria respecto de sus tributos, en los términos establecidos en el artículo 7.1, e) del mismo texto reglamentario, ni tampoco a la acreditación prevista en el artículo 7.1, a) sobre estar dadas de alta las empresas en el Impuesto sobre Actividades Económicas y , en su caso, del último recibo del Impuesto, en el epígrafe correspondiente a la actividad del objeto del contrato.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los Registros Oficiales de Contratistas, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, están destinados a la inscripción de las empresas clasificadas y por tanto, además del Registro Oficial de Contratistas dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el apartado 1 del artículo, solo pueden ser creados por las Comunidades Autónomas que asuman las competencias de clasificación de empresas en los términos establecidos en el artículo 29.3.

2. Que la acción propuesta por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria es un instrumento adecuado para la simplificación de los trámites inherentes al procedimiento de contratación por lo que se considerada adecuada, con las observaciones que se indican, condicionada en todo caso a la modificación del título que se le atribuye.

3. Que no podrá ser impuesta a las empresas la obligación de inscripción en cualquier Registro que no sea los regulados con carácter preceptivo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con los efectos que de los misma se derivan, por lo que la existencia del Registro que se propone estará condicionada a la opción voluntaria de inscripción en el mismo por parte de los empresarios.

Informe 53/96, de 18 de octubre de 1996. Otros informes. Régimen de las garantías en los contratos. Posibilidad de devolución de las fianzas constituidas en contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevista en el artículo 48.4 de esta, cuando no se haya producido la recepción o liquidación del contrato.

ANTECEDENTES.

1. Por el Presidente de la Federación Española de Asociaciones de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos (TECNIBERIA) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"La devolución de fianzas a que hace referencia el Art. 48.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiera producirse en los plazos establecidos en el mismo, en el supuesto de que a su término no haya tenido lugar la liquidación o la recepción de los trabajos contratados.*
>
> *Dicha devolución no se está produciendo de hecho, al menos en contratos suscritos con anterioridad a la promulgación de la Ley citada, pero terminados después de su entrada en vigor.*
>
> *La aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley fue interpretada por el Servicio Jurídico del Estado en forma que a nuestro juicio no se opone al requerimiento de aplicación del Art. 48.4, tal como se expone en el documento adjunto.*
>
> *Interesamos por ello de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa su dictamen acerca e si debe aplicarse la devolución de oficio de las fianzas en los casos citados, afectados por la transitoriedad legislativa".*

2. Como se indica en el anterior escrito, se acompaña al mismo otro, en el que después de exponer el contenido de la disposición transitoria primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de 1995, trata de realizar una interpretación del informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 16 de junio de 1995 (el escrito se refiere simplemente a informe del Servicio Jurídico del Estado, sin citar fecha alguna), sentando la conclusión de que "los trámites procedimentales que no afecten a los derechos y obligaciones de las partes respecto de la ejecución del contrato, se aplicarán a todos los contratos administrativos vigentes y formalizados a la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/1995, y respecto de los contratos licitados con la antigua Ley pero formalizados posteriormente a la entrada de la nueva Ley a partir de la formalización de los mismos" añadiendo que "teniendo en cuenta que el artículo 48.4 de la Ley 13/1995 es un trámite formal o procedimental que no afecta a la sustantividad del contrato en cuanto a la ejecución del mismo, esta parte considera que debe ser de plena aplicabilidad este artículo a todos los contratos de las Administraciones Públicas que hayan finalizado, ya sea anterior o posteriormente a la entrada en vigor de la Ley 13/1995 y en las cuales no se haya procedido a la liquidación de los mismos ni al acto de recepción y asimismo a todos aquellos que se hayan licitado procedimentalmente por la antigua Ley pero que se hayan formalizado posteriormente a la entrada en vigor de la nueva Ley".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Intervención General C.A.Murcia 13/Marzo/2000

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar el ámbito de aplicación temporal de la norma contenida en el artículo 48.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas expresivo de que "transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías, siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 44", significando tal norma una novedad introducida por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que la derogada Ley de Contratos del Estado se limitaba a disponer en su artículo 120 que "aprobadas que sean la recepción y liquidación definitivas de las obras, se devolverá el importe de la fianza o, en su caso, se cancelará el aval en el plazo improrrogable de tres meses", debiendo recordarse que este precepto de la Ley de Contratos del Estado, aunque referido literalmente al contrato de obras, resultaba supletoriamente aplicable a los restantes contratos administrativos, por disponerlo así expresamente la entonces vigente legislación del contratos del Estado.

2. Las cuestiones de aplicación temporal de los preceptos de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, entre ellos el artículo 48.4 tienen que ser resueltas sobre la base de los establecido en sus disposiciones transitorias y, más en concreto, en este extremo, en su disposición transitoria primera a cuyo tenor "los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente Ley de las actuaciones ya realizadas".

Las dudas interpretativas que suscitó la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, trataba de solventarlas el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 16 de junio de 1995 que, aunque principalmente se refiere a cuestiones concretas distintas de la que ahora se suscita -la aplicación o no de la nueva Ley a los expedientes en tramitación- sienta una conclusión perfectamente válida para la cuestión ahora suscitada -la aplicación del artículo 48.4- en el sentido de que "los expedientes de contratación en los que, antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, haya recaído adjudicación, se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior, tanto en las actuaciones procedimentales pendientes como en lo relativo al régimen jurídico sustantivo aplicable a los contratos celebrados como consecuencia de tales expedientes", fundamentando tal conclusión en las consideraciones de que del inciso inicial de la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, interpretado "a contrario" cabe deducir lo que puede calificarse como una "regla general presunta" aplicable a los expedientes de contratación en los que, al tiempo de entrar en vigor la Ley se haya producido ya la adjudicación; de que, en realidad, tales expedientes no plantean dificultades, debiendo entenderse que su régimen habrá de ser el previsto en la normativa anterior a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como en el pliego de cláusulas aprobado para cada uno de ellos, y de que la aplicación de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado será en estos casos total: los contratos formalizados como consecuencia de la tramitación de tales expedientes se regirán, en cuanto a su ejecución, por el contenido del pliego correspondiente y por la legislación anterior, de modo que ésta se aplicará no solo en cuanto a la referida tramitación, sino también en cuanto al régimen jurídico sustantivo del contrato que nazca de tal expediente.

Aplicando estos criterios a la cuestión planteada parece del todo evidente que si el artículo 48.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que si transcurrido un año desde la fecha de la terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora a la devolución o cancelación de garantías y si tal precepto no figuraba incorporado a la derogada Ley de Contratos del Estado, no

podrá ser aplicado a los contratos regidos por esta última, que son, como hemos indicado los adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Lo hasta aquí expuesto permite descartar las restantes consideraciones de los escritos dirigidos a esta Junta, pues es evidente que no se trata de interpretar el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 16 de junio de 1995, cuyos razonamientos y conclusión se fundamentan en la interpretación, a juicio de esta Junta correcta, de la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, por otra parte, obedece al principio fundamental de la contratación y, por ende, de la contratación administrativa, de que los contratos han de cumplirse con sujeción a lo expresamente pactado, sin que en lo expresamente pactado pueda figurar el contenido de una norma que en el momento de la adjudicación (concurrencia del consentimiento de ambas partes) aún no ha surgido en la vida jurídica, por cuyas razones esta Junta, aunque no se hubiera producido el citado informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, se hubiera pronunciado, con toda probabilidad, en el mismo sentido.

Por otra parte, aunque por lo razonado no tienen influencia en la conclusión que se mantiene, deben ser rechazadas las afirmaciones de que las normas sobre devolución de garantías no afectan a los derechos y obligaciones de las partes respecto a la ejecución del contrato y que se trata de trámites formales o procedimentales que no afectan a la sustantividad del contrato en cuanto a su ejecución, pues si con ello se quiere aludir a una mera diferencia terminológica entre lo que es propia ejecución del contrato y sus consecuencias, tal diferencia no puede tener trascendencia alguna en el aspecto que examinamos, dado que lo que resulta indudable es que la devolución o cancelación de garantías constituye una obligación de la Administración y un correlativo derecho del contratista derivado del contrato y, precisamente, de su correcta ejecución, por lo que el régimen jurídico de esta obligación y correlativo derecho ha de regirse, temporalmente, por la misma normativa aplicable a la ejecución del contrato.

4. Este informe ha de concluir con la consideración obvia de que la inaplicación del artículo 48.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor y la aplicación a los mismos de la normativa contenida en la derogada Ley de Contratos del Estado y en el Reglamento General de Contratación del Estado no deja inerme al contratista ante retrasos injustificados de la Administración, en la recepción y liquidación del contrato y, en consecuencia, en la devolución o cancelación de garantías, pues es evidente que el contratista puede y debe formular las reclamaciones pertinentes, incluso con indemnización de daños y perjuicios cuando no se cumplan, por causas que no le sean imputables, los plazos para la recepción y liquidación del contrato y lo único que se sostiene es que en estos casos no resulta aplicable la regla del artículo 48.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que constituye una novedad en relación con la derogada Ley de Contratos del Estado.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la norma del artículo 48.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta aplicable a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, sin perjuicio de que el contratista utilice los medios de la normativa anterior tendentes a lograr la recepción y liquidación del contrato y la devolución o cancelación de las garantías constituidas.

Informe 54/96, de 18 de octubre de 1996. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Posibilidad de que una fundación, en fase de constitución, pueda ser contratista con la Administración Pública y coincidencia de su finalidad o actividad con el objeto del contrato.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Lasarte-Oria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Patronato Municipal de Deportes ha tramitado expediente y abierto procedimiento para adjudicación del "Servicio de Conserjería de las Instalaciones Deportivas Municipales y del Servicio de Bar-Cafetería del Polideportivo Municipal". No se prevé en los respectivos pliegos que el adjudicatario deba realizar ninguna actividad que tenga relación directa con la práctica y promoción del deporte.

Entre las diversas ofertas, se encuentra la presentada por la Fundación "Ostadar Kirol Fundazioa". Según se reconoce por sus propios promotores, aunque la misma presentó con fecha 5 de marzo del año en curso solicitud de Inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco, no se encuentra inscrita por motivos que desconocemos.

Conforme el artículo 3 de la Ley 30/1994, de fundaciones y 5.2 de la Ley Vasca 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución en el Registro de Fundaciones. Ello no obstante, tanto en el artículo 11 de la ley estatal, como en el 8 de la ley vasca se prevé que en el supuesto de una fundación en fase de inscripción, el órgano de gobierno de la fundación realizará actuaciones que no admitan demora sin perjuicio para la fundación (entre ellos, según la ley vasca, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones) los cuales se entenderán automáticamente asumidos por aquella cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.

Por su parte, el artículo 11.2 de la LCAP considera como requisito necesario para la celebración de los contratos la capacidad del contratista adjudicatario y en el artículo 15 se dice que podrán contratar con la Administración las personas jurídicas que tengan plena capacidad de obrar. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil, lo que se desarrolla en el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo en donde para las personas jurídicas que no se les exija la inscripción en el Registro Mercantil, la acreditación de la capacidad de obrar 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.

Desde la perspectiva de la normativa contractual parece claro que una fundación cuyas escrituras no se encuentren inscritas en el correspondiente registro, no podría contratar con la administración, pues carece de personalidad jurídica, sin embargo, los citados artículos 11 de la ley estatal y 8 de la ley vasca hacen surgir la duda.

Por otra parte, en los estatutos de la referida fundación se prevé como fin o actividad la promoción de las actividades deportivas, con lo que parece que no tiene relación directa con el objeto del contrato, y aparentemente no se cumple con el requisito exigido por el artículo 198.1 de la LCAP.

Con dichos antecedentes, se formula la siguiente consulta

Primero: ¿Una fundación en fase de inscripción podría ser sujeto contratista con la Administración Pública en un contrato administrativo?.

Segundo: En este caso concreto ¿Se cumpliría con el requisito previsto en el artículo 198.1 de que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato?.

Con el objeto de proceder a resolver el concurso con la mayor brevedad, se ruega que la consulta sea resuelta con la mayor rapidez posible".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como claramente se expone en el escrito en el que se formula la consulta, son dos las cuestiones que se someten a informe de esta Junta, que deben ser examinadas y resueltas con independencia, consistiendo la primera en determinar si puede adjudicarse un contrato administrativo a una fundación pendiente de inscripción en el Registro de Fundaciones y la segunda en concretar esa misma posibilidad de adjudicación si el fin o actividad de la fundación es ajeno al objeto del contrato.

2. La primera cuestión suscitada -posibilidad de adjudicar un contrato a una fundación no inscrita- ha de ser resuelta por aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referentes a la capacidad de los contratistas, (término que, aunque a veces viene referido a la capacidad de obrar o a la solvencia, engloba como presupuesto inexcusable el de la personalidad o capacidad jurídica) combinando los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con los de las Leyes reguladoras de las distintas personas jurídicas, en el caso concreto de las fundaciones, con los de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general y en la Ley del País Vasco 12/1994, de 17 de junio, reguladora de las Fundaciones.

El artículo 15.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones establece que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia o su clasificación, con lo que el primer requisito exigido por dicha Ley para contratar con la Administración es el de la personalidad o capacidad jurídica, al referirse exclusivamente a personas naturales o jurídicas. Aunque el propio artículo 15, en su apartado 2 incurre en el error de identificar exclusivamente la acreditación de la capacidad de las personas jurídicas con la inscripción en el Registro Mercantil, lo cierto es que tal error es subsanado en el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley al aclarar que "la capacidad de obrar de las empresas que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución y de modificación, en su caso, inscritas en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable", añadiendo que "si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional en el que constasen las normas que por las que se regula su actividad, inscritas en su caso, en el correspondiente Registro oficial".

Como por su parte el artículo 3.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y el artículo 5.2 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco, establecen que las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones, la primera conclusión que

debe mantenerse es la de que una fundación no inscrita carece de personalidad y, en consecuencia, no puede contratar con la Administración, todo ello según resulta de los preceptos legales examinados.

3. A continuación, debe examinarse, por ser ésta la cuestión que suscita dudas, si constituye excepción a la conclusión sentada la posibilidad prevista en el artículo 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, que establece que, antes de la inscripción una vez otorgada la escritura de constitución, podrán los órganos de gobierno realizar aquellos actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio de la fundación y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación y la prevista en el artículo 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco, que, en análogo sentido que la anterior, permite a los órganos de gobierno, dentro del mismo período y de sus facultades, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables en nombre e interés de la fundación.

Fácilmente se entiende que ni el tenor literal, ni el significado y alcance de tales preceptos, puede ser el de comprender, entre la asunción de derechos y obligaciones que facultan, las derivadas de un contrato administrativo. En cuanto al tenor literal la celebración de un contrato administrativo no tiene encaje en los actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio y los que no admiten demora sin perjuicio para la fundación (fórmula del artículo 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) ni en los actos y contratos que se consideren inaplazables en interés de la fundación (fórmula del artículo 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco).

Desde el punto de vista de su finalidad y alcance las facultades provisionales que se consagran en estos artículos -así se caracterizan expresamente en el artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco- no pueden contemplar la celebración de contratos administrativos, ya que al ser la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios las circunstancias que la fundamentan ninguna de estas circunstancias -para la fundación se entiende- se puede encontrar en la celebración de un contrato administrativo, siendo de destacar, por otra parte, que los requisitos de la contratación (por ejemplo la solvencia o clasificación, la constitución de garantías, etc...) no pueden ser cumplidos por las fundaciones sin personalidad y que los efectos que consagran los citados artículos (asunción de obligaciones por la fundación cuando se inscriba y en caso de no inscripción responsabilidad del patrimonio y subsidiariamente y con carácter solidario de sus patronos o personas que compongan los órganos de gobierno) resulta incompatibles con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo, que no es otra que la de lograr la correcta ejecución del contrato sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura de la fundación o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad del patrimonio de la fundación o de los patronos o personas que componen su órgano de gobierno.

Por lo demás esta es la misma solución que debe adoptarse, aunque este extremo no es objeto de consulta, con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no inscritas en el Registro Mercantil, ya que el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo preceptuado en el artículo 11.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las mismas, consagra normas muy similares a las ya examinadas para las fundaciones.

En definitiva y como conclusión de este apartado puede afirmarse que los artículos 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco, no pueden servir de fundamento para excepcionar la regla general derivada de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas de que las fundaciones no inscritas, al carecer de personalidad, no pueden celebrar contratos con dichas Administraciones.

4. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la posibilidad de celebrar un contrato cuyo objeto es el Servicio de Conserjería y Servicio de Bar Cafetería- con una

fundación, cuyo fin o actividad es la promoción de actividades deportivas, la solución negativa se impone con toda claridad por aplicación del principio general de que la finalidad o actividad -es decir, el objeto de la Entidad- ha de coincidir con el objeto del contrato cuya licitación se convoca y que tiene su consagración expresa en el artículo 198.1 para los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales al expresar que la finalidad o actividad de las personas físicas o jurídicas que contraten con la Administración ha de tener "relación directa con el objeto del contrato" quedando exenta esta Junta de razonar, por su carácter evidente, que la finalidad de promoción de actividades deportivas carece de relación alguna con las actividades de consejería y de Bar-Cafetería objeto del contrato.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que según los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 390/1966, de 30 de marzo, de desarrollo parcial, las fundaciones no inscritas en el Registro Oficial, al carecer de personalidad jurídica, no pueden contratar con las Administraciones Públicas.

2. La solución anterior no queda desvirtuada por la posibilidad de asunción de derechos y de obligaciones, que, con carácter provisional para las fundaciones no inscritas, se prevén en el artículo 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre y en el artículo 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco.

3. Que a un contrato que tiene por objeto los servicios de conserjería y de bar cafetería no puede concurrir una fundación cuya finalidad es la promoción de actividades deportivas por el principio general de la exigencia de adecuación al objeto del contrato consagrada expresamente en el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 56/96, de 18 de octubre de 1996. Otros informes. Régimen de las garantías en los contratos. Subsanación de la acreditación de poderes en las garantías provisionales prestadas en forma de certificado de seguros de caución.

ANTECEDENTES.

Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Asociación de empresas constructoras de ámbito nacional, SEOPAN, se ha dirigido al Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes exponiendo que, según manifestación de algunas de las empresas afiliadas a la Asociación, éstas habrían visto rechazadas sus ofertas contractuales en determinadas licitaciones por cuanto a criterio de la Mesa de contratación, los correspondientes certificados de seguros de caución aportados no serían válidos a los efectos previstos en los artículos 36.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 17 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo. Según la Mesa, los apoderados de las entidades aseguradoras firmantes de los certificados no tendrían debidamente acreditada su representación al haber sido bastanteados sus poderes notariales con fecha anterior a la de entrada en vigor del nuevo modelo de certificado incluido, como Anexo V, en el citado Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

De acuerdo con la información facilitada por la Dirección General de Carreteras, los pasados 3 y 10 de septiembre han sido rechazadas por la razón expuesta 67 ofertas en 12 licitaciones, siendo de esperar que los interesados presenten la oportuna reclamación.

Ante esta situación procede formular, a juicio de esta Subsecretaría, las consideraciones siguientes:

En primer lugar, resulta evidente que la exclusión de tan alto número de licitadores daña sensiblemente el principio de concurrencia, sacrificándose, por razones ajenas a lo que es el contenido real de la oferta, la posibilidad de acceder a la mejor si estuviera entre las rechazadas.

En segundo lugar, el derecho que asiste a los titulares de las ofertas rechazadas de recurrir la decisión de la Mesa de contratación plantea cuál debe ser al respecto la decisión última del órgano de contratación.

Si nos atenemos a la primera consideración realizada, debe subrayarse que el defecto advertido por la Mesa de contratación, dado los numerosos casos en que en él se ha incurrido, parece explicable y excusable por la novedad que ha supuesto la introducción de la figura del seguro de caución y del modelo de certificado aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, así como por el criterio de la propia Caja General de Depósitos, criterio que se recoge en algún escrito de la misma, aceptando hasta la fecha límite del 31 de mayo certificados no ajustados a las exigencias del modelo.

En función de lo anterior cabría concluir que existe un error generalizado que aconseja, por razones antiformalistas y de interés público, y en todo caso sin detrimento de las garantías procedimentales que establece la legislación de contratos, interpretar que el mencionado defecto resulta subsanable en los términos que prevé el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado vigente en este punto.

Esta interpretación no lesiva, como se ha indicado, para las garantías impuestas por el ordenamiento contractual, permitiría conjugar las exigencias del interés público, ya que se tendría acceso para su selección a las eventuales mejores ofertas que ahora quedan enervadas, con los intereses de los propios contratistas que podrían subsanar el defecto advertido manteniendo vivas sus opciones a la adjudicación.

Es consciente esta Subsecretaría de que el tratamiento del problema suscitado no puede hacerse con carácter singular, resultando obligado, en consecuencia, establecer unos criterios generales y homogéneos para toda la Administración del Estado. En este sentido las pautas interpretativas, de prosperar las consideraciones más arriba formuladas, habrían de referirse a un horizonte temporal límite que podría ser definido por las correspondientes instrucciones que emanaran de la Intervención General y del Servicio Jurídico del Estado.

Por lo expuesto, esta Subsecretaría interesa de esa Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, regulador de su Régimen Orgánico y Funcional, la emisión del correspondiente informe sobre la cuestión suscitada que permita sustentar fundadamente las decisiones que se adopten tanto por las Mesas de contratación como en las reclamaciones que contra las decisiones ya adoptadas por las mismas pudieran deducirse".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente se consigna en el escrito en el que se formula la consulta, la cuestión a dilucidar en el presente informe consiste en determinar si procede interpretar que existe un defecto subsanable en el supuesto de hecho a que hace referencia y que consiste en el rechazo por las Mesas de contratación de certificados de seguros de caución al considerar que los firmantes de los certificados no tenían debidamente acreditada su representación al haber sido bastanteados sus poderes con fecha anterior a la de entrada en vigor del nuevo modelo de certificado incluido, como Anexo V, en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

Como el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, que debe considerarse vigente al amparo de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece la posibilidad de subsanar defectos materiales en la documentación presentada, la cuestión a resolver se centra en determinar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, puede apreciarse la existencia de defectos subsanables, los que, a su vez, requiere realizar determinadas consideraciones sobre la regulación del seguro de caución como forma de garantía en los contratos administrativo, en particular, sobre el requisito del bastanteo de poderes y sobre alcance y significado de las garantías provisionales.

2. El seguro de caución es una modalidad del seguro contra daños que aparece definido en el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en el sentido de que por el seguro de caución el asegurador se obliga en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato, añadiendo, como es propio de la fianza, que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

La inclusión del seguro de caución como una de las modalidades de garantías, tanto provisionales como definitivas, en la contratación administrativa, es una novedad de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, posteriormente confirmada por la disposición adicional segunda de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, si bien esta última

no se refiere exclusivamente a la contratación administrativa, sino, con carácter general a las distintas esferas de la actuación administrativa.
Ciñéndonos al campo de la contratación administrativa los artículos 36 1 c) y 37 1 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecen, respectivamente, que las garantías provisionales y definitivas podrán constituirse por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezcan, con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución. Por su parte, el artículo 47.3 de la propia Ley establece ciertas reglas del seguro de caución carentes de interés a los efectos del presente informe.
La remisión a normas reglamentarias que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas realiza en cuanto a la constitución de garantías mediante seguro de caución ha motivado que el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley, dedique el Capítulo III a la regulación de las garantías y entre ellos específicamente el artículo 17 a la garantía constituida mediante seguro de caución, de cuyo contenido, a efectos del presente informe, conviene destacar el primer párrafo de su apartado 4 expresivo de que a efectos de constitución de garantías la consistente en seguro de caución deberá constituirse en forma de certificado individual de seguro, con la misma extensión y garantías que las resultantes de la póliza, precepto que se completa con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 18 expresivo de que la constitución de garantías se ajustará a los modelos que se indican en los respectivos anexos, de los cuales el V corresponde al modelo de certificado de seguro de caución cuya parte inferior se refiere a la "verificación de la representación por la Asesoría Jurídica o Abogacía del Estado".
De esta regulación del seguro de caución se pueden extraer una serie de conclusiones que constituyen un primer argumento para mantener una respuesta afirmativa un orden a la posibilidad de considerar la existencia de defecto subsanable en la hipótesis a que se refiere la consulta.
En primer lugar y, ante todo, debe resaltarse, como se ha indicado, que la modalidad de seguro de caución no es creada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, que lo único que hacen es admitirla como una garantía específica en la contratación administrativa, en particular, según la Ley citada en primer lugar o, en general, en actuaciones ante las Administraciones Públicas, según la segunda. Consecuencia de lo anterior es que en cuanto al requisito de la suficiencia del poder para celebrar en nombre de la compañía aseguradora un contrato de seguro de caución, que es lo que ahora procede examinar, no resulta procedente su regulación en la legislación de contrato de las Administraciones Públicas, que efectivamente no la contiene, ni puede descartarse la existencia de poder suficiente, como al parecer se ha hecho, por la sola circunstancia de que el bastanteo o verificación del poder se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor del anexo V del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, pues resulta evidente que, con anterioridad a dicha fecha, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, podían existir apoderamientos suficientes, de hecho existirían, para poder constituir seguros de caución con plena eficacia y con independencia de que los mismos hubieran de surtir efectos ante la Administración en materia de contratación, pues lo contrario equivaldría exigir un poder tan específico - para celebrar contratos de seguros de caución con la finalidad específica de servir de garantías en la contratación administrativa-, cuya exigencia no tendría fundamento en precepto concreto del ordenamiento jurídico sino que, por el contrario contradeciría los principios generales y las reglas concretas que incluye el ordenamiento jurídico español en materia de representación.
Si del nivel de preceptos de rango legal se desciende a los de carácter reglamentario se llega a idénticas conclusiones pues basta observar que los artículos 17, 19, 18 y el anexo V del Real Decreto 390/1996 de 1, de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el aspecto que aquí interesa, se limitan

a establecer que la garantía mediante seguro de caución deberá constituirse en forma de certificado individual de seguro, ajustado al modelo incluido en el anexo V, el cual, como anteriormente se ha indicado, se limita a consignar, por lo que respecta al dato de la representación, la necesidad de verificar la misma por la Asesoría Jurídica o Abogacía del Estado, sin que de la regulación reglamentaria se deduzca otro requisito que el de esta verificación, con la finalidad de acreditar su suficiencia, independientemente de la fecha en que el apoderamiento haya sido otorgado o bastanteado.

En este punto del examen de la normativa reglamentaria relativa a las garantías en la contratación administrativa hay que destacar la diferencia sustancial existente entre el aval y el seguro de caución. El aval constituye una modalidad de garantía admitida en la anterior legislación de contratos del Estado a la que el Reglamento General de Contratación del Estado dedicaba diversas normas que han quedado, en gran parte subsistentes, como resultado de las disposiciones derogatorias de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 390/1996, en particular el artículo 377 referente al requisito del bastanteo de los poderes del avalista, siendo esta circunstancia de la existencia de una regulación anterior del aval la que ha motivado que las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, permitan durante el plazo de un año y seis meses, respectivamente, la aplicación de la normativa anterior, modificada por la vigente en determinados aspectos de la constitución de avales. Por el contrario, el seguro de caución, como hemos resaltado suficientemente, constituye en su aplicación a la contratación administrativa, una novedad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, lo que determina que, respecto del mismo, no exista normativa a nivel reglamentario, que pueda considerarse subsistente después de la entrada en vigor de la legislación actual; que su constitución no haya motivado disposiciones transitorias para conciliar la aplicación de la normativa anterior y la vigente y, en definitiva, y esto es lo que interesa resaltar, que las dudas y dificultades que la aplicación del seguro de caución pueden suscitar en su aplicación a la contratación administrativa pueden derivar en múltiples ocasiones de la novedad de sus regulación, lo que justificaría un tratamiento adecuado por la vía de subsanación de defectos para corregir las deficiencias que por los órganos de contratación, por las entidades aseguradoras o por lo propios contratistas hayan podido producirse por este motivo.

Precisamente esa inexistencia de normas reglamentarias, distintas de las del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, aplicables al seguro de caución es lo que determina que deba descartarse la argumentación de la Sentencia de 9 de mayo de 1994 del Tribunal Supremo, que debe quedar circunscrita al aval, en cuanto que el precepto esencial que cita para justificar la exclusión del aval por defectos del apoderamiento es precisamente el artículo 377 del Reglamento General de Contratación del Estado.

A modo de resumen de este apartado puede afirmarse que el seguro de caución como modalidad de garantía en la contratación administrativa es una novedad de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, si bien su realidad anterior en el ámbito mercantil impide el rechazo automático de poderes por la exclusiva razón de la fecha en que hayan sido bastanteados, lo que unido a la circunstancia de la inexistencia de normas reglamentarias anteriores a la entrada en vigor de la normativa vigente determina la conveniencia de considerar defecto subsanable, al amparo del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, las deficiencias que en la acreditación de la vigencia y suficiencia de los apoderamientos otorgados por entidades aseguradoras hayan podido producirse en el caso sometido a consulta de esta Junta.

3. La conclusión sentada se ve notablemente reforzada por las consideraciones que, acerca del significado y alcance de las garantías provisionales han de realizarse y por el carácter flexible que ha seguido la unánime y reiterada jurisprudencia del Tribunal

Supremo producida en el extremo concreto de constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa.

Desde el punto de vista del interés público que la contratación administrativa representa resulta muy distinto el significado de las garantías provisionales y de las garantías definitivas, puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución de un contrato ya adjudicado, por lo que la mayor importancia de esta últimas significa un tratamiento más riguroso de la constitución de garantías definitivas en la normativa contractual y en la doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta, además que, como se pone de relieve en el escrito de consulta, un criterio excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos de constitución de las garantías provisionales, sin permitir su subsanación, daña sensiblemente el principio de concurrencia, criterio expresamente admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que más adelante examinaremos.

La normativa vigente, ciñéndonos al contrato de obras, acoge este distinto significado, puesto que, con arreglo a ella, mientras la constitución de garantías definitivas no es dispensable en ningún caso, el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que el órgano de contratación pueda dispensar en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la prestación de la garantía provisional a aquellas empresas que acrediten la clasificación requerida para concurrir a la licitación en los contratos de obras de cuantía inferior a la señalada en el artículo 135.1, sin que esta última limitación derive de un argumento inherente a la propia esencia de la garantía, sino que es consecuencia de las Directivas comunitarias en el sentido de que, al no ser exigible la clasificación a empresarios comunitarios no españoles se produciría una discriminación negativa para éstos comparativamente con los empresarios españoles, si se dispensase de la prestación de garantías provisionales a los clasificados sin limitación de cuantía (lo que sucedía en la legislación anterior). En definitiva lo que se quiere resaltar es que la menor importancia de la garantía provisional, en relación con el interés público representado por la ejecución del contrato, determina un criterio más flexible en la exigencia de requisitos que se traduce incluso en el trámite específico de subsanación de defectos, existente en la garantía provisional previsto en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Es a través de este trámite de subsanación de defectos, donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto su doctrina en orden a los defectos de apoderamiento en la constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa (fianzas en la terminología de la legislación anterior) basándose en el criterio de que los defectos de apoderamiento son, en términos generales, subsanables y ligando esta posibilidad a la necesidad de no infringir el principio básico de la contratación administrativa de libre concurrencia a través del rechazo de proposiciones por defectos formales de apoderamiento lo que puede ser evitado con aplicación de los trámites de subsanación.

De los diversas Sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión de la suficiencia o insuficiencia de poderes, en el primer aspecto reseñado, -la posibilidad de subsanación- deben citarse la Sentencia de 22 de noviembre de 1973, que con cita de otra anterior de 3 de enero de 1949 declara que si bien las formas de contratación administrativa constituyen obligaciones indeclinables y los vicios de procedimiento originan la nulidad del mismo, "de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico de tal rigidez, que la contratación administrativa se transforme en una actuación de estilo obligado, hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato" y la Sentencia de 17 de febrero de 1984 expresiva e que "en principio, la representación se presume y, de existir dudas..... la solución no debió ser la de eliminar como licitadora a tal empresa, en perjuicio de los intereses públicos, sino la de procurar la clarificación del

problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables" añadiendo el razonamiento de que "la preclusión de aportaciones documentales tienden a evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, más no la de aclarar dudas que los Agentes de la Administración tengan en ese momento, pero en las que pudo honestamente no pensar el concursante afectado por ellas ". En cuanto al segundo aspecto aludido -el quebranto del principio de concurrencia por eliminación de contratistas con defectos subsanables de apoderamiento-, aparte de las alusiones al perjuicio a los intereses públicos de la citada Sentencia de 17 de febrero de 1984 y la que la Sentencia de 19 de enero de 1995 hace a que la interpretación restrictiva y aislada del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado puede afectar al principio de libertad de concurrencia, su expresión más concreta se incorpora a la Sentencia de 22 de junio de 1972, expresiva de que el principio de concurrencia "prohíbe limitar la concurrencia de licitadores a pretexto de una interpretación literalista que conduzca a una conclusión absurda por ser contraria al sistema legal que rige la contratación administrativa" y a la Sentencia de 29 de abril de 1981 que declara que el rechazo de proposiciones por defectos en el modo de acreditar la constitución de la fianza provisional "ha supuesto lesión para los intereses económicos de la Administración, intereses a cuya satisfacción tiende el principio de libertad de concurrencia en la contratación administrativa, enderezado a conseguir la máxima competencia posible y a garantizar la igualdad de acceso a la contratación pública".

4. Para finalizar el presente informe conviene destacar que los razonamientos últimamente expuestos resultan de plena aplicación al supuesto de hecho al que se refiere la consulta pues si como informa la Dirección General de Carreteras, los pasados 3 y 10 de septiembre han sido rechazadas, por razones de la fecha de bastanteo de poderes, 67 ofertas en 12 licitaciones, es evidente que se conculca el principio de libre concurrencia en la contratación administrativa. Si a ello se une, la posibilidad de que prosperen reclamaciones de los interesados por los argumentos expuestos a lo largo del presente informe, fácilmente se comprende que el criterio de esta Junta sea favorable, en este caso concreto, a la subsanación de los defectos que hayan podido concurrir en los de acreditación de los poderes otorgados por entidades aseguradoras para la constitución de garantías provisionales mediante seguro de caución.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho que se somete a su informe permite aplicar el trámite de la subsanación de defectos previsto en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado para la acreditación de la representación de entidades aseguradoras en la constitución de seguros de caución, como modalidades de garantías provisionales, con fundamento en la normativa aplicable al seguro de caución y a la doctrina jurisprudencial interpretativa de la posible subsanación de defectos en la contratación administrativa.

Informe 57/96, de 18 de octubre de 1996. Otros informes. Contratación en el extranjero. Aplicación del procedimiento negociado en relación con la vigencia de los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación del material militar en el extranjero.

ANTECEDENTES.

Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente contenido:

"De acuerdo con lo previsto en los artículo 2.1 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se somete a informe de esa Junta Consultiva la consulta que se expone a continuación:

1. La promulgación del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación del material militar en el extranjero, aprobado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Hacienda con la conformidad del de Asuntos Exteriores, según su preámbulo, está motivado porque "la ejecución de los programas aprobados para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional y mantener en estado operativo a las Fuerzas Armadas origina múltiples adquisiciones en el extranjero que se formalizan no sólo con Gobiernos o Entidades Públicas, sino con Empresas, siendo una de sus características peculiares la adhesión a las normas reglamentarias establecidas por aquellos entes y completadas por los usos y prácticas mercantiles" y que "la experiencia adquirida en la aplicación de la normativa vigente pone de manifiesto la necesidad de promulgar una disposición de rango adecuado que prevea las especiales características de estas contrataciones en el extranjero....".

2. En la versión, de fecha 19 de junio de 1992, el Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), elaborado por el Grupo de Trabajo constituido con la finalidad de estudiar la reforma de la Ley de Contratos del Estado e informada por el Consejo de Estado, en su artículo 2 apartado 11 dejaba fuera del ámbito de la LCAP los contratos que fuesen consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, exclusión que debe suponerse motivada por la adecuación de nuestra legislación al ordenamiento jurídico comunitario, en el cual los citados contratos estaban excluidos de la aplicación de las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública. En las Directivas vigentes dichos contratos siguen excluidos, como consta en el artículo 3 de la Directiva 93/36/CEE, sobre los contratos de suministro, y en el artículo 4 de la Directiva 92/50/CEE, sobre los contratos de servicios.

No obstante, a propuesta de este Ministerio, se suprimió de dicho Anteproyecto el apartado 11 del artículo 2, si bien se eximiría a estos contratos de la obligación de su publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, solicitud que se tuvo en cuenta, todo ello en el entendimiento de la plena vigencia del Real Decreto 1120/77.

Por otra parte, en la redacción de las diferentes versiones de los Anteproyectos se vio la necesidad de dejar en vigor el citado Real Decreto 1120/77, pues si bien el artículo que recogía la contratación en el extranjero (artículo 117 de la

LCAP) regula los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, el Real Decreto 1120/77 afecta a los contratos de material militar que se celebren en España y se ejecuten en el extranjero.

Consecuentemente se derogó de una manera expresa el Decreto 3637/1965, regulador de los contratos que se celebren en territorio extranjero (Embajadas, Agregadurías, etc.), pero no el Real Decreto 1120/77.

3. La aplicación de la derogada Ley de Contratos del Estado y del Real Decreto 1120/77, daba cauce a adjudicar por contratación directa (hoy, procedimiento negociado) los contratos celebrados en territorio nacional con empresas extranjeras a que se refiere el primer párrafo del artículo undécimo del Real Decreto 1120/1977, lo que suponía de facto, cuando no existía empresa nacional capacitada para su ejecución, la aplicación con carácter general a los contratos referidos del artículo segundo de dicho Real Decreto.

La aludida habilitación para la utilización del procedimiento negociado es coherente con las complejas y variadas vicisitudes y negociaciones que conllevan la mayor parte de estos contratos de material militar con empresas privadas extranjeras dadas las implicaciones técnicas, industriales, estratégicas y de todo orden que estos requieren, y que se vería enormemente dificultados si se utilizara otro procedimiento de adjudicación diferente.

4. Una interpretación restrictiva de la normativa aplicable a estos contratos (legislación vigente y R.D. 1120/1977), en cuanto a la utilización del procedimiento negociado, pudiera limitar su aplicación con empresas privadas extranjeras a los supuestos contemplados en el articulado de dicha Ley (arts. 183, 211) y obligar, fuera de los mismos, a utilizar los otros procedimientos de adjudicación para la adquisición de este tipo de material, dejando su elección y adjudicación sujeta estrictamente a criterios previa y rígidamente establecidos, con los problemas que ello supondría no solo en el orden procedimental sino en cuanto a la obtención del objeto del contrato, ya que al tratarse de un mercado cautivo, imposibilita en la mayoría de los casos la determinación de unos criterios de selección objetivos en el concurso y ello favorecería la restricción de la posible concurrencia mediante el ajuste de las condiciones a las características de un contratista predeterminado, conculcándose así, los principios básicos de la LCAP en lo relativo a esta forma de adjudicación.

5. En consecuencia, si bien en la LCAP la regla general de la adjudicación es el concurso, las características de los contratos con empresas privadas extranjeras que ponen de relieve la inexistencia de quiebra de los principios de publicidad y concurrencia al acudir al procedimiento negociado, por la propia limitación de dicha concurrencia, permitiría la aplicación de la normativa especial contenida en los artículos segundo y undécimo del Real Decreto 1120/1977, como regulación positiva y singular al estimar insuficiente la legislación de la LCAP, constituyendo derecho especial aplicable a la contratación con estas empresas privadas extranjeras.

La necesidad de esta normativa especial se basa en las razones aludidas y en la excepcionalidad que las Directivas de la CEE atribuyen al material militar a que se refiere el artículo 223 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que lo excluye de su ámbito de aplicación.

6. Por lo expuesto, y al haber surgido alguna discrepancia sobre la interpretación del tan citado artículo undécimo del Real Decreto 1220/1977 como consecuencia de la promulgación de la LCAP, se eleva a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa consulta sobre la viabilidad de que

las contrataciones de material militar con empresas privadas extranjeras puedan seguir adjudicándose por procedimiento negociado, por aplicación del artículo segundo del Real Decreto 1120/1977, por remisión del artículo undécimo del mismo, y en el supuesto que dicha Ley no diera cobertura a la interpretación señalada en el punto anterior, se solicita se extienda el dictamen a la modificación normativa mas apropiada para adecuar la legislación vigente a las necesidades indicadas, permitiendo la contratación de material militar con empresas extranjeras sin necesidad de licitación pública."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque la cuestión concreta que se suscita en el presente expediente es la de la vigencia o no de los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación del material militar en el extranjero y, al amparo del mismo, la posibilidad de utilización del procedimiento negociado en contratos del Ministerio de Defensa, cuestión que ha de resolverse mediante la interpretación de la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con carácter previo, por poder influir en la solución que se adopte y, además, por aludirse expresamente en el escrito de consulta, han de realizarse ciertas consideraciones sobre la contemplación de estos contratos en las Directivas comunitarias sobre contratación pública y sobre la tramitación del anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro señala que la Directiva será de aplicación a todos los productos definidos en su artículo 1.a), incluidos los comprendidos en contratos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, con excepción de los productos a los que se aplica la letra b) del apartado 1 del artículo 223 del Tratado, referente a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra. Por su parte el artículo 4.1 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, preceptúa que la Directiva se aplicara a los contratos públicos de servicios adjudicados por las entidades adjudicadoras en el sector de defensa, con la excepción de los contratos a los que se aplique el artículo 223 del Tratado.

Resulta así que, prescindiendo, por carecer de interés a efectos del presente informe, de la interpretación que debe darse a la expresión "material de guerra", los contratos en el sector de la defensa incluidos en el artículo 223 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, concretamente, en su apartado b) no quedan sujetos a las citadas Directivas comunitarias, sin que ello resuelva la cuestión básica de sujeción o no a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues es evidente que existen múltiples contratos no sujetos a las Directivas, entre ellos los inferiores a los umbrales, que, sin embargo están sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que, en definitiva el argumento de no sujeción a las Directivas no puede utilizarse como argumento para sostener la no sujeción del respectivo contrato a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre todo si se tiene en cuenta que la circunstancia de no sujeción de estos contratos a las Directivas comunitarias la ha tomado en consideración la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al eximir de publicidad comunitaria a los contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 178.2 para contratos de suministro y artículo 206.c) para contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales), exclusión de publicidad que ha de estimarse correcta, precisamente, por la no sujeción de estos contratos a las Directivas comunitarias.

3. Igualmente deben ser descartadas para la solución de la cuestión suscitada las indicaciones que en el escrito de consulta se hacen sobre la tramitación del

anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ya se ha razonado suficientemente sobre la concordancia del texto definitivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las Directivas comunitarias y el reflejo de estas últimas en la primera, mediante la exclusión simplemente de la obligación de publicidad comunitaria y no de todos los preceptos de la Ley. Por otra parte la interpretación que "a priori" se realizó por el Ministerio de Defensa de la plena vigencia del Real Decreto 1120/1977, al formular su propuesta de supresión de la exclusión de contratos de la Ley, manteniendo la exclusión de la publicidad comunitaria, constituye un criterio subjetivo que en modo alguno puede servir para anticipar el resultado de la interpretación del texto definitivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que es lo que se va a realizar a continuación.

4. Centrándonos en la cuestión básica suscitada de la vigencia o no de los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, en cuanto a su amparo resulta posible la utilización del procedimiento negociado en los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera, resulta evidente que la misma ha de ser resuelta sobre la base de la interpretación de la disposición derogatoria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo recordarse que, con independencia de la mención concreta de disposiciones vigentes y derogadas, la citada disposición derogatoria utiliza la clásica fórmula genérica de considerar derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango en cuanto se opongan a lo dispuesto en la Ley y no figurando mencionado el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, entre las disposiciones que expresamente se derogan o se declaran subsistentes, habrá que dilucidar si su contenido, en concreto el de los artículos 2 y 11 a que se refiere el informe, se opone o no a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Dados los términos en que se manifiesta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la utilización del procedimiento negociado, al señalar en el artículo 76 que el procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato, reiterando este carácter taxativo de las causas de utilización del procedimiento negociado los artículos 140 y 141 para el contrato de obras, 160 para el contrato de gestión de servicios públicos, 182 y 183 para el contrato de suministro y 210 y 211 para el contrato de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos, no habituales, parece indudable que la utilización del procedimiento negociado en los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera debe quedar descartada al no poder quedar amparada por lo dispuesto en los artículos 2 y 11 del Real Decreto que se examina al establecer el primero la posibilidad de contratación directa y remitirse el segundo a lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional, que, en este extremo se oponen a las prescripciones concretas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la utilización del procedimiento negociado para la adjudicación del contrato.

5. En el último apartado del escrito de consulta se solicita que, dado el resultado de la interpretación realizada se informe sobre la modificación normativa más apropiada para adecuar la legislación vigente a las necesidades que se señalan, permitiendo la contratación de material militar con empresas extranjeras, sin necesidad de licitación pública.

De lo razonado en este informe resulta que, sin modificación normativa alguna, los órganos de contratación del Ministerio de Defensa pueden utilizar el procedimiento negociado si concurre alguna de las causas previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, si esto no resultara factible, la única solución a nivel normativo resultaría la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por norma de rango adecuado, que permitiese la utilización del procedimiento negociado en los contratos objeto del presente informe.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha derogado, por incompatibilidad de contenido, los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, relativos a la posible utilización del procedimiento negociado (antes contratación directa) en los contratos celebrados en territorio nacional con empresas privadas extranjeras y que su restablecimiento exigiría la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de la posible utilización de dicho procedimiento si concurren las causas indispensables para ello, que establece la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 58/96, de 18 de octubre de 1996. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Consideración y aplicación de las causas de incompatibilidad.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Mislata (Valencia) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre la existencia de causa de incompatibilidad en dos concejales del Ayuntamiento que ostentan la condición de socios de una empresa de servicios médicos a la que deriva la prestación de los mismos por accidentes de trabajo y enfermedad profesional la Mutua de Accidentes de Trabajo contratada por el Ayuntamiento y sobre la existencia de causa de incompatibilidad en dos concejales del Ayuntamiento por abono de facturas a la empresa de la que son socios (SERMESA) con motivo de reconocimientos médicos de miembros de la Policía Local solicitados por el Jefe de la Policía, cuyos importes han sido devueltos al Ayuntamiento por la citada Entidad.

De los términos transcritos en que aparece redactado el escrito en el que se consignan las dos cuestiones sobre las que se solicita informe y de los antecedentes que se acompañan al mismo, resulta con toda claridad que no se suscitan cuestiones de contratación administrativa, pues la Empresa Servicios de Medicina Preventiva, S.A. (SERMESA) ni ha celebrado, ni pretende celebrar, contrato alguno con el Ayuntamiento de Mislata, sino que sus relaciones se establecen, en el primer caso, a través de la Mutua de Accidentes de Trabajo que es la que ha contratado con el Ayuntamiento, y en el segundo caso, se trata de la utilización de miembros de la Policía Local de los servicios de la Entidad "Servicios de Medicina Preventiva, S.A." para la realización de las pruebas necesarias para la obtención del permiso de conducir, previa autorización del Ayuntamiento que no incluye indicación de la Entidad en la que hayan de realizarse o no puedan realizarse las indicadas pruebas, por lo que, en definitiva, difícilmente se puede hablar de relación contractual entre el Ayuntamiento de Mislata y la Entidad "Servicios de Medicina Preventiva, S.A.".

Teniendo en cuenta que, tanto el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como el artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, configuran a ésta como órgano específico consultivo en materia de contratación administrativa resulta improcedente que esta Junta se pronuncie sobre las cuestiones suscitadas, debiendo, en su caso, solicitarse el correspondiente informe a los órganos consultivos con competencia para ello, porque las cuestiones suscitadas no afectan a la materia de contratación administrativa, sino a la totalmente ajena a ella de qué actividades resultan permitidas y prohibidas a los Concejales de un Ayuntamiento por la razón aducida de incompatibilidad.

Informe 60/96, de 18 de diciembre de 1996. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Incompatibilidad de los concejales en contratos de suministro celebrados por un Ayuntamiento.

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Mutxamel (Alicante) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

> *"Por haberse propuesto así en Comisión Informativa de este Ayuntamiento y al amparo del art. 17 del RD. 30/91 de 18 de enero, solicito de V.I. que por esa Junta Consultiva se emita dictamen respecto a la legalidad de ser proveedores de este Ayuntamiento las concejalas Dª; Rosa Brotóns Boix, titular de un kiosco de venta al público, para suministrar prensa al Ayuntamiento y Biblioteca Municipal, y de Dª;. Amparo García Sala, para el suministro de combustible a los vehículos municipales, teniendo en cuenta que, en el primer caso, aunque existen otros kioscos, la adquisición supone una media mensual de 22.000 ptas y ya se efectuaba con anterioridad a su toma de posesión como concejala, y en el segundo caso, el hecho de ser la única gasolinera existente en este término municipal y ser los precios de adquisición los fijados al público".*

2. Conforme se indica en el anterior escrito, al mismo se acompaña informe emitido por el Secretario de la Corporación en el que respecto a los casos en los que se solicita informe de esta Junta indica lo siguiente:

> *"2. Dª;. Rosa Brotons Boix, por venta de prensa al Ayuntamiento y Biblioteca Municipal.*
>
> *Actividad incompatible conforme a la L.O. citada, art. 178.2 d) que señala la incompatibilidad de contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Local y art. 12.1 c) de la Ley 53/84.*
>
> *3. Dª;. Amparo García Sala, titular de más del 10% de las acciones de la mercantil Estación de Servicios Mutxamel, S.A.*
>
> *Actividad incompatible con el suministro a este Ayuntamiento conforme al art. 12.1 d) de la Ley 53/84 que la establece para aquellas empresas o sociedades en que la persona afectada posea una participación superior al 10%."*

El informe del Secretario del Ayuntamiento de Mutxamel, después de indicar como preceptos aplicables el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, desarrollada por Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, aplicables por remisión del artículo 145 del Texto Refundido en materia de Régimen Local, el artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, concluye con las palabras siguientes:

> *"Se hace preciso aclarar en relación con la incompatibilidad para ser contratista o subcontratista, lo que a este respecto señala ABELLA:*
>
> *"En dos sentidos opera este impedimento: veda el acceso a la Concejalía y la continuidad en ella y por otra parte impide a los Concejales celebrar contratos con las Corporaciones Locales. Con este medida el valor que se trata de proteger es el de la moral administrativa bajo cuyo prisma han de resolverse las cuestiones que suele plantear esta incompatibilidad.*
>
> *Una interpretación purista y rigurosa de esta incompatibilidad puede ocasionar serios problemas en los pequeños municipios donde el contratista es único, el suministrador de materiales, el titular de la imprenta, etc. son únicos. La*

interpretación en estos casos no puede ser extensiva y el concepto de contratista ha de ser restrictivo."

Y si bien la letra de la ley es clara, no obstante, si se dieran esas circunstancias, podría solicitarse aclaración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En todo caso la declaración de incompatibilidad permite al concejal optar en el plazo de 10 días entre mantener la contratación o cesar en su puesto".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para resolver la cuestión suscitada -la de la posible incompatibilidad de dos Concejalas del Ayuntamiento de Mutxamel en relación con contratos de suministro al Ayuntamiento- se hace preciso, con carácter previo, determinar la normativa aplicable al supuesto de hecho, ya que de ésta exclusivamente ha de deducirse la existencia o no de incompatibilidad sin que pueda establecerse tal deducción de otras normas que, referentes a incompatibilidades, no resultan aplicables en el presente supuesto.

2. La norma de la que, en principio, hay que partir al respecto es la contenida en el artículo 20 apartado e) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos con las Administraciones Públicas, a cuyo tenor no se podrá contratar con la Administración cuando concurra la circunstancia de estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, (referencia que hay que entender sustituida por la de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado), de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. El propio apartado después de extender la situación de incompatibilidad a cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia y descendientes termina declarando que las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales en los términos que respectivamente les sean aplicables.

El indicado precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas obliga a examinar, en primer lugar, si los supuestos de incompatibilidad de Concejales de Ayuntamientos aparecen definidos en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación o de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, debiendo darse una respuesta negativa, en cuanto a la Ley 12/1995, porque su propio título y la enumeración de altos cargos que realiza su artículo 1 demuestran que en su ámbito de aplicación no están comprendidos los miembros de las Corporaciones Locales y en cuanto a la Ley 53/1984, porque si bien, según insistiremos más adelante, resulta aplicable a funcionarios de las Entidades Locales, no lo es a los Concejales o miembros de la Corporación, que no ostentan la condición de funcionarios.

En segundo lugar, también conforme al apartado e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su último párrafo, hay que examinar si existen otras disposiciones reguladoras del Régimen Local de las que pueda resultar alguna situación de incompatibilidad, lo que se realiza a continuación.

3. La disposición derogatoria única de la LCAP ha derogado de manera expresa el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, por lo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, cualquiera que fuese la opinión que se sustentase sobre la subsistencia anterior de su artículo 5º que establecía una serie de incompatibilidades para ser contratista de obras y servicios, debe considerarse expresamente derogado sin que pueda ya surtir efectos en orden a la apreciación de las causas de incompatibilidad en dicho artículo establecidas, en particular, la de su apartado 4ª; que consideraba incompatibles para ser contratistas de obras y servicios públicos a las sociedades en las que el Concejal,

entre otras personas que mencionaba, tuviese al ser nombrado o adquiriese posteriormente más del 10 por 100 de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios u ostentase en ellas algún cargo directivo.

Del resto de las disposiciones relativas al Régimen Local que se citan como posible fundamento de causas de incompatibilidad, no puede desprenderse tal efecto. El artículo 75 de la Ley 7/1995, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, se refiere exclusivamente a la obligación de los miembros de las Corporaciones Locales de formular declaración de causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, cuestión totalmente ajena a la que ahora se suscita; el artículo 145 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, con su remisión a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (hay que entender que también a su desarrollo constituido por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril), se refieren exclusivamente a funcionarios locales y no a Concejales o miembros de la Corporación como se desprende la dicción literal del citado artículo 145 del texto Refundido y del artículo 2º de la también citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre y, finalmente, el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, se refiere al régimen de dedicación exclusiva de los miembros de Corporaciones Locales, cuestión también totalmente ajena a la que ahora se suscita.

4. De lo hasta aquí expuesto resulta que, en el caso presente, la única disposición en la que se pueden fundamentar situaciones de incompatibilidad es la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, a la que expresamente se remite la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 20 apartado e) y estableciendo el artículo 178 de la Ley Orgánica citada, por lo aquí interesa, que son incompatibles con la condición de Concejal los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependiente, con arreglo a este precepto deben ser resueltos los supuestos sometidos a consulta.

En el primer supuesto consultado, Concejala titular de un kiosco de venta al público, la incompatibilidad aparece clara dado que los contratos de suministro de prensa al Ayuntamiento se financian por este último, sin que el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, haga salvedad alguna por razón de la cuantía del contrato, ni resulte posible hacerla por la circunstancia de que la venta se efectuase con anterioridad, pues el presente informe se remite en relación con la situación planteada y su proyección de futuro, sin atender a situaciones anteriores en la que, incluso la normativa a aplicar fuera distinta.

En cuanto al segundo supuesto consultado, no se hace constar en el escrito en el que se formula la consulta, aunque sí en el informe del Secretario del Ayuntamiento, que la posible incompatibilidad deriva de la circunstancia de que la Concejala es titular de más del 10 por 100 de las acciones de la mercantil "Estación de Servicios Mutxamel, S.A.", fundándose en el citado informe la incompatibilidad en el artículo 12.1.d) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

En este segundo supuesto hay que reconocer que la incompatibilidad no deriva de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ya que no se trata de uno o varios contratos celebrados por la Concejala, sino por una Sociedad Anónima con personalidad jurídica propia y ha quedado suficientemente razonado, la inaplicabilidad a los Concejales de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y la derogación del artículo 5º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, cuyo apartado 4º podría fundamentar la incompatibilidad que, al parecer, se pretende aplicar, por lo que, a diferencia del supuesto anterior, hay que mantener la compatibilidad de la situación de la Concejala titular de más del 10 por 100 de las acciones de la Empresa que suministra carburante al Ayuntamiento.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que por aplicación del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, hay que sostener la incompatibilidad de la situación de Concejala, titular de un kiosco de venta al público, que suministra prensa al Ayuntamiento y la compatibilidad de la Concejala titular de más del 10 por 100 de las acciones de una Empresa que suministra carburante al mismo Ayuntamiento, ya que tal circunstancia, no constituye, con arreglo a la normativa vigente, causa de incompatibilidad.
de 1996.

Informe 62/96, de 18 de diciembre de 1996. Otros informes. Conceptos generales. Significado y alcance de los informes jurídicos en la tramitación de expedientes de contratación. Ofertas anormalmente bajas y su apreciación en los concursos.

ANTECEDENTES.

Por el Consejero de Fomento del Principado de Asturias se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que expone que varios Letrados del Servicio Jurídico vienen devolviendo a la Consejería de Fomento pliegos de cláusulas administrativas particulares basándose en considerar ilegal, de conformidad con el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/96, de 5 de junio, el criterio de valorar en concursos las proposiciones económicas con diez (10) puntos, cuando la baja producida sea igual o inferior a la baja media menos diez (10) puntos. En el mismo escrito se afirma que la Consejería y un dictamen solicitado a un Catedrático de Derecho Administrativo, que se acompaña al escrito de consulta, en base al mismo informe de esta Junta, sostienen criterio distinto, por lo que se formula consulta sobre si la referida cláusula de valoración de la oferta económica se ajusta o no a derecho, puesto que -se añade- obran en poder de la Consejería pliegos tipo informados favorablemente por la Asesoría Jurídica del Estado en los que se reproduce la citada cláusula de valoración.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Ante todo, antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada, esta Junta Consultiva debe realizar ciertas consideraciones sobre el alcance y significado de los informes jurídicos en la tramitación de expedientes, sobre todo, si se tienen en cuenta las peculiaridades que presenta el que ahora se somete a consulta de esta Junta, en el que la discrepancia entre la Consejería de Fomento del Principado de Asturias y su Servicio Jurídico trata de ser resuelta con el informe de esta Junta, solicitando su opinión sobre el criterio de un informe de un Catedrático de Derecho Administrativo y del Servicio Jurídico del Estado mantenido con ocasión, al parecer, de informes emitidos en relación con pliegos de cláusulas administrativas particulares con criterios de valoración de bajas temerarias idénticos a los que ahora se cuestionan y todo ello tomando como base y punto de partida el informe de esta Junta de 5 de junio de 1996, recaído en expediente 18/96.

Dejando aparte el supuesto de informes vinculantes, equivalentes a verdaderas resoluciones, los no vinculantes tienen la finalidad de ilustrar al órgano consultante sobre la decisión a adoptar, sin que quede vinculado por el contenido del informe, sino que puede apartarse de sus criterios sin otro requisito que el motivar su decisión, según resulta del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor, serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos.

Atribuida por el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la facultad de informar los pliegos de cláusulas administrativas particulares al servicio jurídico respectivo y, en el caso del Principado de Asturias, emitido este informe en relación con los pliegos que se le someten, a este efecto, aunque en sentido desfavorable a los mismos, resulta evidente la facultad que tiene la Consejería de Fomento de aprobar los pliegos, apartándose del criterio del Servicio Jurídico, sin que para ello sea necesario acudir a informes de Catedráticos, utilizar los criterios de informes del Servicio Jurídico del Estado o los de esta propia Junta que, al no ser vinculantes, dejarían al órgano consultante en la misma libertad de decisión, teniendo

en cuenta, por lo razonado, la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de recursos de alzada contra los informes jurídicos, partiendo, por el contrario, del idéntico valor e idénticos efectos de todos ellos.
Si a lo indicado se añade que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según la configura el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa, no parece que la posibilidad de solicitar informes que el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, atribuye a los Presidentes y Consejeros de Comunidades Autónomas pueda llegar a que la Junta sustituya la competencia de órganos consultivos propios de las Comunidades Autónomas, como son sus servicios jurídicos, para el informe preceptivo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, sin alterar el principio de autonomía organizativa de las Comunidades Autónomas que proclamado en el artículo 148.1.1ª; de la Constitución española tiene su adecuado reflejo en la disposición final segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. A mayor abundamiento sobre lo indicado en el apartado anterior de este informe, hay que tener en cuenta que esta Junta, como se hace constar en el escrito de consulta, ya se ha pronunciado sobre la cuestión suscitada en el presente expediente en su reciente informe de 5 de junio de 1996, cuya distinta interpretación constituye el fundamento de las discrepancias entre la Consejería de Fomento y el Servicio Jurídico, debiendo señalarse que, a juicio de esta Junta, como no podía resultar de otra manera, son suficientemente claros y expresivos, los términos de sus conclusiones en el doble sentido de que en los concursos resulta necesario comprobar o verificar el posible cumplimiento de proposiciones desproporcionadas o temerarias sin que sea aplicable el criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado y de que en los pliegos, mediante el juego de los criterios objetivos para la adjudicación y su obligada ponderación, podrán establecerse sistemas para valorar adecuadamente las proposiciones temerarias o desproporcionadas.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no debe realizar pronunciamiento alguno en relación con la discrepancia surgida entre la Consejería de Fomento del Principado de Asturias y el Servicio Jurídico, sin perjuicio de reiterar las conclusiones de su informe de 5 de junio de 1996 recaído en el expediente 18/96.

Informe 67/96, de 18 de diciembre de 1996. Otros informes. Contratos privados de la Administración. Posibilidad de utilización del procedimiento negociado para su adjudicación en los contratos privados.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Segovia se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Al amparo del artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), esta Corporación Provincial se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al objeto de que emita informe sobre el asunto que a continuación se detalla.

Resulta conocido que uno de los aspectos más controvertidos, por su novedad, resultantes de la promulgación de LCAP, ha sido la consideración por la misma como contratos administrativos, de los contratos de préstamo bancario celebrados por las Administraciones Públicas, aspecto éste ampliamente debatido en los distintos seminarios, cursos y mesas celebradas como consecuencia de la entrada en vigor del citado texto legal, y del que esa Junta Consultiva se ha pronunciado indubitadamente en su informe 34/96, de 30 de mayo, subrayando el carácter administrativo de dichos contratos en aplicación de los artículos 5.2.a/ y 207.6 de LCAP.

Habiendo tenido conocimiento esta Diputación Provincial, a través del Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de 9 de octubre de 1996, del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se observa que en el mismo, a través de una modificación de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, se altera el contenido que al respecto se infiere de los preceptos citados de LCAP para el ámbito local, al disponer el primer párrafo del artículo 117.Tres.1 del mencionado Proyecto de Ley:

> *"1. En la concertación o modificación de toda clase de operaciones de crédito con entidades financieras de cualquier naturaleza, cuya actividad esté sometida a normas de derecho privado, será de aplicación el artículo 9 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".*

De modo que la luz del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuya entrada en vigor se prevé para el primero de enero de 1997, este tipo de contratos pasan a considerarse contratos privados tal y como los recoge el artículo 9 de LCAP.

La Diputación Provincial que presido se está planteando la posibilidad de reconvertir su deuda financiera actual aprovechando la evolución actual de los mercados financieros de los que se derivan unos tipos de interés más favorables respecto de los aplicables en los contratos de préstamo vigentes, además de promover nuevas contrataciones para financiación de inversiones previstas en el Presupuesto de la Diputación para 1996, y probablemente también de las inversiones que recoja el Presupuesto para 1997.

La problemática que se nos presenta ante la necesidad de acudir a la apertura de un proceso de contratación para ello, es el de la elección del procedimiento y forma de contratación.

Parece lógico, en principio, pensar que la reforma normativa que se deduce del Proyecto de ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, tiende a dotar de una mayor flexibilidad a este tipo de contratos a celebrar con entidades financieras, además de adecuarlos a la práctica consuetudinaria y firmemente

implantada en el sector de que los actos de preparación y adjudicación queden sometidos al Derecho Público, pero los relativos a los efectos y extinción se rijan por el Derecho Mercantil. Sin embargo, no estamos seguros de que con la dicción del artículo del Proyecto de Ley, se alcance esa mayor flexibilidad pretendida, como más adelante razonamos, siendo esa duda interpretativa el núcleo central de la presente consulta.

Antes, sin embargo, si que considero necesario destacar que, reconocimiento la quiebra a los principios consuetudinarios propios del sector financiero, en virtud de los cuales los contratos de préstamo tradicionalmente se han sometido en sus efectos y extinción al derecho privado, y no solo los contratos de préstamo sino la práctica totalidad de las operaciones bancarias (piénsese, por ejemplo, en los contratos de cuenta corriente, que a la luz de LCAP, deberían de considerarse como contratos administrativos), si es que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, determinó una novedad interesante al propiciar la posibilidad de utilización del procedimiento negociado, que para este tipo de contratos resulta una pieza muy útil. en efecto, acudirá a la subasta o al concurso para un contrato de préstamo, además de encontrarse con una muy difícil articulación, puede llegar, incluso, a provocar efectos contrarios al interés general en la medida en que requiere "fotografías" a priori del contrato en el primer caso, y la práctica imposibilidad de baremar sin que de dicha baremación pueda deducirse una adjudicación perjudicial en términos económicos para la Administración, en el segundo. No se nos puede escapar que ello es así porque en la actualidad los mercados financieros ofertan un abanico de posibilidades, en lo que se ha venido a llamar "ingeniería financiera", inmensa, lo que determina, so pena de restringir enormemente ese "abanico de posibilidades" en contra del interés general mediante un perjuicio económico a la Administración, la posibilidad de encontrarnos licitaciones heterogéneas entre sí, y por lo tanto de muy difícil comparación. Piénsese, por ejemplo en la posibilidad de acudir a préstamos de tipo fijo, o de tipo variable, o de tipo mixto, o variables con suelo y techo, o variables en el plazo de amortización, en la posible condonación por comisiones de amortización anticipada en las reconversiones de deuda, en la implicación de otros tipos de comisiones, y, en fin, multitud de variables que conducen inevitablemente a esas "licitaciones heterogéneas", que sólo mediante un informe técnico, y mediante el uso del procedimiento negociado, pueden derivar la adjudicación a la oferta más ventajosa.

Y este resulta ser el punto crucial de la presente consulta al que se aludía en el párrafo anterior: ¿es posible la utilización del procedimiento negociado en los contratos del artículo 9 de LCAP?

Una primera interpretación determinaría una negativa como respuesta al interrogante planteado:

El artículo 117.tres.1 del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social residencia estos contratos en el ámbito de los contratos privados regulados en el artículo 9 de LCAP, es decir, desde el punto de vista sistemático en el Libro I del citado texto legal.

Por otro lado, el último inciso del párrafo primero del artículo 76 de la LCAP, señala textualmente: "El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato". Es decir, el procedimiento negociado solo cabe en los casos previstos por la Ley para cada clase de contrato". Es decir, el procedimiento negociado solo cabe en los casos previstos por la Ley para el contrato de obras; el contrato de gestión de servicios públicos; el contrato de suministros; y los contratos de consultoría y asistencia, y servicios, y los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración; que son los contratos regulados en el Libro II, excluyéndose la

posibilidad de utilización del procedimiento negociado al resto de contratos, y en particular los recogidos en el Libro I, en los artículos 6, 8 y 9.

Una segunda interpretación podría desembocar en una respuesta afirmativa al interrogante planteado, o al menos llevarnos a una conclusión con efectos más posibilistas, aunque, tal vez, por un camino más trabajo.

La pretensión del artículo 9 de la LCAP es acudir a la teoría de "los actos separables", separando en el proceso de contratación los actos que se han de someter al derecho privado (efectos y extinción), de los que se ha de someter al derecho administrativo (preparación y adjudicación). Si los actos de adjudicación de este tipo de contratos han de considerarse como si de un contrato administrativo se tratara, habrá que acudir al régimen jurídico de los contratos administrativos en lo referente a la adjudicación, y los contratos administrativos a considerar sólo pueden ser los regulados en el Libro II de LCAP que constituyen la tipología general de contratos administrativos. Los "otros" contratos administrativos sólo pueden ser los del artículo 8 de la LCAP y los del artículo 6 de la LCAP.

Los contratos del artículo 8 de la LCAP son, como su propio nombre indica, contratos administrativos especiales, es decir son contratos singulares que se escapan de la generalidad de la contratación administrativa y su propia existencia descansa en la declaración expresa previa de una ley, o en un par de conceptos jurídicos indeterminados: que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla. Parece que son estos contratos administrativos especiales de los que se excluye el procedimiento negociado por aplicación del artículo 76, pero si se considera a los contratos del artículo 9 con idéntica restricción que los del artículo 8 con alejamiento del régimen contemplado para los contratos administrativos "generales, parece, cuando menos, que se produce una gran desproporción.

A mayor abundamiento, conclusiones más irracionales se llegaría con la interpretación estrecha del artículo 76 si abordamos la casuística de los contratos mixtos del artículo 6. En efecto, un contrato administrativo 80% de servicios, y 20% de suministros, por ejemplo, debería catalogarse como un contrato mixto tal y como los define el artículo 6 de la LCAP, luego pretender que a este tipo de contrato por el hecho de ubicarse sistemáticamente en el Libro I de la Ley no le cabe el procedimiento negociado puede pretenderse como absurdo. Sería un contrato mixto pero al que habría que aplicarle el régimen jurídico previsto para los contratos de servicios, y en la misma línea argumental, un contrato bancario de préstamo sería un contrato privado al que, en los actos referidos a la preparación y adjudicación, habría que aplicarle el régimen jurídico previsto para los contratos de servicios.

En resumen, ante las circunstancias expuestas, sin perjuicio de que acaso pudieran caber otras interpretaciones más ajustadas a Derecho, es por lo que solicito de esa Junta Consultiva de Contratación, el pertinente informe que pudiere aclarar nuestras actuaciones futuras, rogándoles encarecidamente prontitud en la remisión del dictamen ya que es temprana la necesidad de los fondos que financien nuestras inversiones y también el tiempo juega en nuestra contra en el tema de la posible refinanciación de la deuda financiera, y conocido es los plazos que en materia de contratación se determinan para el procedimiento negociado con publicidad comunitaria, si realmente cupiera, a los que hay que añadir los que se deducen de la Ley de las Haciendas Locales en cuanto a la preceptiva autorización del Ministerio de Economía y Hacienda. Cierto es, no obstante, que cualquier proceso de contratación iniciado antes de la entrada en vigor del tantas veces citado Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden

social otorgaría a este tipo de contratos naturaleza administrativa plena y no habría lugar a la presente consulta. Sin embargo la inminente realidad del futuro derecho (1 de enero de 1997) invita a no utilizar esta vía ante la posibilidad probable de que un proceso de contratación así iniciado resulte desierto con el consiguiente perjuicio, por su dilatación en el tiempo, para esta Corporación. Además, considero que este tipo de consulta no solo puede referirse a los contratos de préstamos a celebrar por Entidades locales con entidades financieras del sector privado, sino también a cualesquiera otros de carácter patrimonial que se recogen en el artículo 9 de LCAP".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque la cuestión que se suscita en el presente expediente -la posibilidad de utilización del procedimiento negociado en contratos privados de la Administración- se liga en el escrito de consulta a una posible modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, actualmente en trámite de discusión parlamentaria y concretamente de la posible transformación en contratos privados, en el ámbito local, de las operaciones de crédito con entidades financieras, lo cierto es que el informe de esta Junta debe pronunciarse con arreglo a la legislación vigente en el momento que se emite, sin tomar en consideración proyectos de normas que, independientemente de que puedan alcanzar o no el carácter de normas jurídicas por su publicación en el Boletín Oficial del Estado, no pueden alterar, en el sentido en que figura la modificación del Proyecto de Ley, las conclusiones que en el presente informe se van a mantener.

2. La cuestión planteada debe ser analizada en relación con los contratos privados de la Administración, a que se refieren los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque, debe también hacerse referencia a los contratos administrativos especiales contemplados en los artículos 5.2, 7 y 8 y a los contratos mixtos del artículo 6 de la propia Ley, pues en relación a todos ellos se formulan consideraciones en el escrito de consulta.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas después de caracterizar a los contratos privados de la Administración en el artículo 5.3 de manera residual como los que no sean contratos administrativos típicos o especiales, citando a título de ejemplo los de compraventa, donación, permuta arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, declara que los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación en defecto de normas administrativas especiales, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y que los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso.

Una primera conclusión general debe sentarse, por tanto, en cuanto al régimen jurídico de la preparación y adjudicación de contratos privados de la Administración consistente en afirmar que, en defecto de normas administrativas especiales, existentes en los contratos patrimoniales constituidas por las incluidas en la legislación patrimonial, y en los aspectos no regulados en dichas normas deben aplicarse, por dicción expresa de su artículo 9, los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativos a la preparación y adjudicación de los contratos entre ellos los de utilización de procedimientos abiertos, restringidos y negociados.

3. La conclusión que acaba de ser sentada debe completarse con el examen de si constituye obstáculo a la misma, en relación con la utilización del procedimiento

negociado el texto del artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo de que el procedimiento negociado solo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato, pues se argumenta que, no estando incluidos ni regulados los contratos privados en el Libro II no resulta aplicable a los mismos las causas de utilización del procedimiento negociado establecidas para los contratos administrativos típicos en el citado Libro II.

A juicio de esta Junta tal argumento debe descartarse por fundarse en una interpretación literal tan estricta del artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que queda desvirtuada aplicando al mismo los criterios y elementos interpretativos incorporados al artículo 3 del Código Civil.

Desde el propio punto de vista literal el artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas produce un resultado distinto al pretendido si se invierte el orden de los términos en que está redactado, debiendo entenderse literalmente que lo que dice el artículo 76 es que para cada clase de contrato de los regulados en el Libro II de la Ley el procedimiento negociado solo procederá en los casos determinados en dicho Libro.

Más importancia que la interpretación literal tienen en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación sistemática y la finalista o teleológica, destacando el citado artículo 3 del Código Civil que en la interpretación se atenderá fundamentalmente, es decir, principalmente, al espíritu y finalidad de las normas.

Desde un punto de vista sistemático hay que tener en cuenta que los preceptos relativos a la preparación y adjudicación que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene para los contratos por ella regulados, entran en juego, respecto a los contratos privados, por la remisión que realiza el artículo 9 de la Ley y que esta remisión es general e indiscriminada con independencia de la ubicación del precepto en la Ley y del tipo o tipos de contratos a que en concreto se refiera, dado que la mayor parte de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refieren como es lógico a los contratos que la Ley regula -obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales. Sería absurdo pensar que la sola circunstancia de que las causas de utilización del procedimiento negociado vinieran establecidas en el Libro I para que su aplicación a los contratos privados fuese posible, no siéndolo por estar ubicadas en el Libro II. Tampoco constituye argumento serio para la exclusión del procedimiento negociado el que las causas vengan referidas en la Ley a cada uno de los contratos que regula, pues existen otros supuestos, por ejemplo el requisito de solvencia técnica o profesional contenido en el artículo 19 referido a los contratos regulados en la Ley, respecto del cual no puede suscitarse dudas de su aplicación a las no regulados, en este caso a los privados, cuando esta aplicación es debida a la remisión efectuada por el artículo 9 de la Ley.

Basta por tanto con que un precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiera a la preparación y adjudicación de los contratos -y el procedimiento negociado y las causas de su utilización forman parte evidentemente integrante de la normativa relativa a la adjudicación- para que resulte aplicable a los contratos privados, pues de esta aplicación solo pueden quedar aquellos preceptos de la Ley que de manera tan concreta y específica se refieran solo a determinados contratos, como sucede con el requisito de la clasificación, que resulten inviables no solo para los contratos no regulados en la Ley, sino también para los regulados en que no concurran los requisitos en cada caso establecidos (obras de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas o a 10.000.000 de pesetas, si se trata de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales).

Desde el punto de vista finalista, resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas responde a la idea de que, aunque, por su naturaleza privada, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, ello no obsta para que

por el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos, su adjudicación ha de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación, idea que se ve reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE, que, como es sabido obliga a aplicar sus preceptos referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados. Como se ha señalado gráficamente por algún sector doctrinal la sujeción de los contratos privados de la Administración a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es una sujeción de "menor grado" o "menos intensa" que la de los propios contratos administrativos y siendo esto así debe mantenerse como incuestionable que no se puede excluir en los contratos privados la utilización del procedimiento negociado, con lo que obligadamente todos los contratos privados habrían de adjudicarse por subasta o concurso, incluso insólitamente aunque solo hubiese un contratista, con lo que, en definitiva los contratos privados quedarían sometidos a un régimen más rígido en su adjudicación que los propios contratos administrativos, lo cual no ha podido ser en absoluto la finalidad perseguida por el legislador al establecer el régimen jurídico de los contratos privados de la Administración.

4. Lo hasta aquí razonado respecto de los contratos privados de la Administración es perfectamente extensible a los contratos administrativos especiales contemplados en los artículos 5.2 y 8 y a los contratos mixtos en el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo quedar descartada la idea que se apunta como posible en el escrito de consulta de considerar que estos dos tipos de contratos están regulados en el Libro I de la Ley y, en consecuencia, no les son de aplicación las causas de utilización del procedimiento negociado.
Esta posible configuración de los contratos administrativos especiales y mixtos parte del presupuesto equivocado de que ambos tipos de contratos están regulados en el Libro I de la Ley y basta la simple lectura de los artículos 6 y 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para comprender que en ellos no se contiene una regulación de los mismos, sino una remisión a la regulación contenida en el Libro II, de manera íntegra y en defecto de normas propias para los contratos administrativos especiales y a la normativa específica de la prestación económica más importante en los contratos mixtos. Ninguna dificultad existe para la utilización del procedimiento negociado en los contratos administrativos especiales, por las mismas razones expuestas al analizar el régimen jurídico de los contratos privados y con más peso aún en los contratos mixtos cuya necesaria calificación como contrato de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales conduce directamente a la posible utilización de alguna de las causas previstas en los artículos 140 y 141 para el contrato de obras, 160 para el contrato de gestión de servicio público, 182 y 183 para el contrato de suministro y 210 y 211 para los contratos regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que en los contratos privados de la Administración contemplados en los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en defecto de normas administrativas especiales de las que resulte lo contrario, podrá utilizarse el procedimiento negociado por las causas enumeradas en los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211 de la propia Ley que más se ajusten al propio objeto del contrato.

2. Que idéntica conclusión con las mismas matizaciones ha de sostenerse en relación con los contratos administrativos especiales a que se refieren los artículos 52 b 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que en los contratos mixtos, a que se refiere el artículo 6 de la Ley, las causas de utilización del procedimiento negociado serán las establecidas para uno de los contratos regulados en el Libro II según la prestación económica más importante, que determina necesariamente la calificación del contrato como uno de los contratos administrativos típicos regulados.

Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996. Otros informes. Convenios de colaboración. Convenio de colaboración entre un Organismo autónomo y una Universidad.

ANTECEDENTES.

Por el Director del Instituto Nacional de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"En base a las funciones que le atribuye el artículo 8 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, este Instituto está estudiando la suscripción de un convenio de colaboración con la Universidad de Barcelona para la impartición de cursos que le obligarían a contratar profesores externos, especialistas en materias para las cuales no contamos con personal propio.*
>
> *Estos contratos son del tipo de los regulados en el título IV de la Ley 13/1995 de 18 de marzo, de contratos de las Administraciones Públicas, sin embargo la duda que se plantea es qué calificación deben dárseles: si de Consultoría y Asistencia o de Trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración pues esa Junta Consultiva se ha pronunciado reiteradamente sobre el carácter residual de estos últimos, quedando su celebración condicionada a que, por razón de su objeto, no resulten encajables en los contratos de Consultoría y asistencia o de Servicios.*
>
> *Por consiguiente, la pregunta concreta que se formula es si esa Junta Consultiva estima que los contratos con persona física cuyo objeto es la impartición de cursos, tienen encaje en los contratos de Consultoría o Asistencia o, por el contrario habría que calificarlos como de Trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque la consulta que se formula a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa queda perfectamente concretada en el último párrafo del escrito consistiendo en determinar si los contratos con persona física cuyo objeto es la impartición de cursos tienen encaje en los contratos de consultoría y asistencia o, por el contrario habría que calificarlos como de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, como en el primer párrafo del propio escrito de consulta se hace alusión a un convenio de colaboración entre el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Universidad de Barcelona para la impartición de cursos, antes de intentar resolver la concreta cuestión planteada conviene hacer alguna referencia a la figura del convenio de colaboración, dado que la misma pudiera resolver por sí misma las dificultades que parecen plantearse al Organismo consultante, aunque, en realidad no especifica, ni concreta, si tales dificultades existen y el contenido de las mismas.

2. Con carácter reiterado y uniforme viene sosteniendo esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que la forma normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos autónomos y los Entes públicos sujetos en su concepto de órganos de contratación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración hoy prevista en el apartado 1.c) del artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, sólo excepcionalmente, cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente público, podrá acudirse a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, sujeción que, por dicción expresa del citado artículo 3, no se produce en el caso del convenio de colaboración.

Como se ha indicado anteriormente en el escrito de consulta se señala que entre el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Universidad de Barcelona se proyecta la suscripción de un convenio de colaboración para la impartición de cursos y, aunque se desconocen los términos concretos y el objeto también concreto del mencionado convenio, lo cierto es que encajando ambos organismos en las categorías mencionadas el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el convenio quedaría fuera de su ámbito de aplicación, por lo que si su objeto fuese suficientemente comprensivo resultaría innecesario acudir a figuras contractuales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como complemento y desarrollo del objeto del convenio de colaboración.

3. No obstante la consideración anterior se ha formulado en términos puramente hipotéticos, al desconocerse el objeto concreto del convenio de colaboración, por lo que procede examinar la cuestión en abstracto planteada por el Organismo consultante de que si los contratos con personas físicas para la impartición de cursos deben configurarse, con arreglo a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como contratos de consultoría y asistencia o como contratos de trabajos específicos y concretos no habituales.

También con carácter previo a pronunciarse sobre este extremo concreto, parece conveniente resaltar la escasa trascendencia práctica de la distinta conceptuación a realizar pues, dado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene una regulación unitaria de ambos tipos de contratos, únicamente deberán tomarse en cuenta las normas específicas de cada tipo de contrato de los regulados en el Título IV de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicando al de trabajos específicos y concretos no habituales la regla de solvencia del artículo 198.2 (solvencia académica, profesional, técnica o científica) la de duración máxima del contrato del artículo 199.2 (dos años), las que consagra el artículo 201 (inexistencia de relación laboral, imposibilidad de cesión, posibilidad de pago parcial anticipado y exclusión de contratos relacionados con la docencia o análogos) y la de la inexistencia de la figura del contrato menor resultante del artículo 202.

Sentado lo anterior esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene que referirse a las consideraciones de sus anteriores informes de 24 de octubre de 1995 (Expedientes 25/95 y 38/95) sobre el carácter residual con que el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha configurado los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, al exigir que no estén incluidos en los apartados anteriores, referentes a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, lo que permitía en aquella ocasión llegar a la conclusión de que los contratos para la elaboración de proyectos y dirección de obras debían conceptuarse como contratos de consultoría y asistencia por la doble razón de estar mencionados en el artículo 197.2 y el ya señalado carácter residual del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales.

En el presente caso, sin embargo, al tratarse de actividades docentes o relacionadas con la docencia, debe mantenerse solución contraria, es decir, que se trata de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales por no estar mencionados expresamente ni encajar de manera clara en los distintos conceptos de contratos de consultoría y asistencia y de servicios que se incluyen en los apartados 2 y 3 del artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pero, sobre todo, y este es el elemento interpretativo definitivo, porque el artículo 201 de la Ley, bajo la rúbrica de "especialidades del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales" se refiere, en su apartado 4, a supuestos de gran semejanza a los de los contratos que ahora se trata de celebrar y, aunque no concurran los requisitos que el citado artículo 201.4 establece para que a estos contratos no les sean de aplicación las disposiciones de la Ley, si constituye un elemento interpretativo para fundamentar que los contratos que se refieren a actividades docentes o relacionadas con la

docencia constituyen uno de los supuestos, quizá el único, de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales a que se refiere el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que puedan ser encajados en los de consultoría y asistencia y de servicios a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del mencionado artículo.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que por vía de convenio de colaboración, excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Universidad de Barcelona pueden abordar las distintas cuestiones suscitadas para la impartición de cursos.

2. Que, no obstante lo anterior, los contratos que celebren las Administraciones Públicas, Organismos autónomos y Entes públicos sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que tengan por objeto actividades docentes o relacionadas con las mismas, deben ser considerados contratos de trabajos específicos y concretos no habituales y no contratos de consultoría y asistencia, sin perjuicio de que el régimen jurídico de ambos tipos de contratos, en numerosos extremos, sea idéntico o muy semejante, según resulta de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 3/97, de 20 de marzo de 1997. Otros informes. Conceptos generales. Aplicación a los Ayuntamientos del artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referente a Mesas de Contratación.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Colmenar Viejo se formula consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa relativa a la aplicación a los Ayuntamientos del artículo 82 y concordantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, redactada en los siguientes términos:

> *"Planteamos la consulta ante las divergencias que parecen existir respecto de la interpretación que deba darse a la Disposición final primera de la Ley en lo que se refiere a las Mesas de Contratación en los Ayuntamientos.*
>
> *Parece que la conclusión que resulta de una primera lectura de la norma concluye en que el Art. 82 y cuantas referencias se hagan a la Mesa de Contratación, tienen el carácter de Legislación de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por la Comunidad de Madrid.*
>
> *Sin embargo, las dudas se plantean porque se mantienen opiniones diferentes a la ahora de considerar si el Real Decreto 781/86 ha sido derogado o no en este punto; Si no hubiera operado la derogación porque el Art. 113,3º no se opone a la L.C.A.P., podría afirmarse que las Mesas de Contratación se ajustarían a las determinaciones del Texto Refundido y no al Art. 82 y concordantes de la nueva Ley de Contratos.*
>
> *Fundamentalmente se trata de determinar si en la Mesa deben integrarse tanto el Interventor como el Técnico de Contratación.*
>
> *Le ruego que, previos los trámites oportunos informe acerca de lo solicitado."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión planteada en el presente expediente consiste en determinar si el artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y cuantas referencias se hagan a la Mesa de contratación tienen, respecto de los Ayuntamientos, el carácter de legislación de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas o, por el contrario, debe considerarse vigente el artículo 113, regla 3ª;, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, cuestión que no puede ser resuelta con una interpretación aislada de la disposición final primera, apartado 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto declara no básico y, en consecuencia, aplicable a todas las Administraciones Públicas, en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas, el artículo 82 de la propia Ley referente a la Mesa de contratación, sino que, como resulta del artículo 3.1 del Código Civil las normas jurídicas han de interpretarse no sólo según el sentido propio de sus palabras, sino en relación con el contexto, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

2. Proclamado el principio de autonomía organizativa en el artículo 148.1ª; y en el artículo 140 de la Constitución para las Comunidades Autónomas y la Administración Local, respectivamente, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hace aplicación de este principio en su disposición final segunda señalando que cuando el texto de la Ley haga referencia a órganos de la Administración General del Estado,

deberá entenderse hecha, en todo caso, a los correspondientes de las restantes Administraciones Públicas comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 1, con las excepciones que expresamente detalla, ninguna de las cuales hace referencia a Mesas de contratación. Si a ello se añade que el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 82 de la Ley, al proclamar la exigencia de que formen parte de la Mesa de contratación un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, refiere esta exigencia a la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y que la disposición derogatoria única de la Ley no deroga expresamente el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que debería estimarse comprendido, en su caso, en la fórmula de derogación tácita de la propia disposición -sólo en cuanto se oponga a lo dispuesto en la Ley- fácilmente puede sostenerse la vigencia del citado artículo 113 regla 3ª; del Texto Refundido de 18 de abril de 1986, en cuanto que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se muestra respetuosa con la competencia autoorganizativa de las Entidades locales -la regulación de la Mesa de contratación encaja en tal concepto- y, porque la finalidad de la Ley, consecuencia de lo anterior, no ha sido regular órganos de las distintas Administraciones Públicas, sino remitirse en bloque a la regulación existente o que pueda existir de las mismas, con la sola excepción de los órganos a que se refiere la disposición final segunda de la Ley, en los que no se admite la sustitución de órganos proclamada y entre cuyas excepciones no figuran las Mesas de contratación.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha derogado expresamente el artículo 113 regla 3ª; del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, ni se ha producido la derogación tácita del mismo precepto, dado que la propia Ley proclama, en su disposición final segunda, el respeto a las competencias organizativas de las distintas Administraciones Públicas, sin que la finalidad del artículo 82 sea establecer una regulación unitaria y uniforme para las mismas de las Mesas de contratación.

Informe 4/97, de 20 de marzo de 1997. Otros informes. Conceptos geneales. Aplicación del artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con las aportaciones de distintas Administraciones Públicas para la cofinanciación de contratos.

ANTECEDENTES.

1. Por el Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente se dirige el siguiente escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

> *"El artículo 70.2 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas plantea dudas en su aplicación práctica en el caso de obras contratadas por esta Dirección General, financiadas conjuntamente con las Administraciones autonómicas y locales, según porcentaje de participación fijados en normas o convenios reglamentariamente suscritos, y ello en relación con las garantías exigibles a Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, cofinanciadoras de la obra a contratar, en caso de aportaciones plurianuales de dichas Administraciones a las obras.*
>
> *En razón a lo anterior, esta Dirección General ha solicitado informe del Servicio Jurídico del Departamento, en el que se plantea la conveniencia de elevar consulta a esa Junta Consultiva en relación con la cuestión planteada.*
>
> *Atendiendo el parecer del Servicio Jurídico, se solicita de esa Junta Consultiva dictamen en relación con la aplicación práctica de lo dispuesto en el citado artículo 70.2, y específicamente:*
>
> > *1) Qué debe entenderse por plena disponibilidad de las aportaciones de distintas procedencias, en el caso de que éstas sean de Administraciones autonómicas y locales y tengan carácter plurianual.*
> >
> > *2) Cuáles son, en el caso anterior, las garantías exigibles, teniendo en consideración que la normativa específica de Comunidades Autónomas o Haciendas Locales eximen a las respectivas Administraciones de prestar fianza o aval."*

2. Conforme se indica en el propio escrito de consulta se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) Consulta del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Norte sobre las garantías que deben exigirse a Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, cofinanciadores de una obra a contratar por el Ministerio, al que acompaña un escrito de la Consejería de Fomento del Principado de Asturias de 15 de noviembre de 1996 en el que se manifiesta que el Consejo de Gobierno autorizó el gasto con financiación plurianual por el importe de la aportación del Principado de Asturias al Proyecto de "Construcción del Colector interceptor general de la Ría de Avilés" y que se han iniciado los trámites para hacer efectivo el pago de la anualidad correspondiente al presente ejercicio económico.

b) Informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Medio Ambiente fechado el 17 de enero de 1997, en el que, con profunda y extensa argumentación, parte de la interpretación del artículo 70 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado, y llega a la conclusión de que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, no ha mantenido en este extremo, el régimen preexistente sino que, por el contrario ha modificado dicho régimen exigiendo la aportación de "una garantía" por parte de las Administraciones que contribuyen al costo de la obra y no son

órgano contratante. A continuación cita el informe de esta Junta de 4 de abril de 1988 (Expediente 21/88) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre obligación de pago al contratista, señalando que esta interpretación supone un obstáculo a la hora de cofinanciar un contrato entre distintas Administraciones. Por último llega a las conclusiones de que en la solución de la cuestión planteada debe jugar un papel crucial el futuro Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; que la expresión "una garantía" debe entenderse referida a cualquiera de las formas de aseguramiento que, con este carácter y denominación, están previstas en nuestro ordenamiento jurídico, y que, no obstante, parece conveniente solicitar el parecer de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que expresamente se suscitan en el escrito del Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente consistentes en determinar, en relación con el artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que debe entenderse por plena disponibilidad de las aportaciones de distintas procedencias en el caso de que éstas sean Administraciones autonómicas y locales y tengan carácter plurianual y cuales son, en este caso, las garantías exigibles teniendo en cuenta que la normativa específica de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales exime a las respectivas Administraciones de prestar fianza o aval, han sido acertadamente planteadas y resueltas en el informe del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Medio Ambiente fechado el 17 de enero de 1997, por lo que las consideraciones que a continuación se van a realizar no pueden consistir mas que en una reiteración de las incorporadas al citado informe del Servicio Jurídico del Estado con determinadas matizaciones de detalle.

2. En la normativa anterior a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la cofinanciación de obras no estaba contemplada en la Ley de Contratos del Estado, sino que era el artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado de 27 de noviembre de 1975 en el que en el apartado d) a propósito del requisito de certificado de existencia de crédito presupuestario que, preceptivamente, debía incorporarse al expediente de contratación establecía las siguientes reglas:

- En las obras cuya financiación haya de realizarse con aportaciones de distintas procedencias, además de las presupuestarias, deberá acreditarse en el expediente la plena disponibilidad de todas aquellas mediante los documentos vinculantes que según los casos resulten oportunos. Deberá figurar igualmente el orden de abono de las distintas aportaciones de tal forma que el crédito presupuestario del Estado no sea el primero en utilizarse, salvo casos muy justificados.
- Los mayores gastos de la obra sobre el presupuesto de adjudicación se abonarán en proporción a las distintas aportaciones, salvo que otra cosa se haya establecido.
- El órgano de contratación velará cerca de los otros entes cofinanciadores para que el adjudicatario perciba íntegramente el precio del contrato, así como sus adicionales y revisiones.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 70.2, aplicable no sólo a los contratos de obras, sino a todos los contratos de las Administraciones Públicas, señala que "en los contratos cuya financiación haya de realizarse con aportaciones de distinta procedencia deberá acreditarse en el expediente la plena disponibilidad de todas ellas y el orden de su abono con inclusión de una garantía para su efectividad".

Prescindiendo de aquellos aspectos que suscita el artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que no son objeto expreso de la consulta formulada, como son el relativo al pago al contratista a que se refiere el informe de

esta Junta de 4 de abril de 1988 y la jurisprudencia que se cita en el informe del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Medio Ambiente, al abono de los mayores gastos y al orden de abono de las distintas aportaciones, en el presente informe hemos de abordar las dos cuestiones expresamente planteadas -disponibilidad de las aportaciones y garantía para su efectividad- para lo cual resultará decisivo el examen comparativo del artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado y el artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo por el valor interpretativo como antecedente normativo que puede tener el primero respecto al segundo, sino porque según la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la norma reglamentaria debe considerarse vigente en tanto no se oponga a los preceptos de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas .

3. En cuanto a la disponibilidad de las aportaciones el artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado se refería a aportaciones de distintas procedencias, además de las presupuestarias, señalando que debía acreditarse en el expediente la plena disponibilidad de todas aquellas mediante los documentos vinculantes que según los casos resulten oportunos, mientras que el artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a toda clase de aportaciones, sin distinguir entre presupuestarias y extrapresupuestarias y exige que se acredite en el expediente la plena disponibilidad de todas ellas.

El examen comparativo de ambos preceptos permite sentar la conclusión de que respecto a las aportaciones de distintas Administraciones Públicas sujetas al régimen de presupuestos basta con que estas últimas acrediten la aprobación del gasto para el ejercicio corriente y para los sucesivos con arreglo a sus respectivas normas presupuestarias para que deba estimarse cumplido el requisito de la plena disponibilidad, como se deduce fundamentalmente de la expresión que utiliza el artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado de acreditar la plena disponibilidad de todas aquéllas "mediante los documentos vinculantes que resulten oportunos" pues contemplando dicho artículo distintas aportaciones, además de las presupuestarias, no pudo referirse exclusivamente a normas presupuestarias sino que tuvo que referirse, con carácter más general, a documentos vinculantes que resulten oportunos.

4. Por lo que respecta a "la garantía para la efectividad de las aportaciones" ha de observarse que dicha expresión no figuraba en el artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado y que constituye una novedad del artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero que al igual que con el requisito de la plena disponibilidad de las aportaciones, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha querido utilizar una fórmula amplia y flexible aplicable tanto a las aportaciones presupuestarias de las Administraciones Públicas como a las aportaciones de Entes o particulares no sujetos a régimen presupuestario, ya que a ambas se refieren tanto el artículo 84 del Reglamento General de Contratación del Estado como el artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, cuando el precepto legal habla de una garantía, respecto a Comunidades Autónomas y Entidades Locales, es factible entender que no se trata de constituir un derecho de garantía en sentido estricto jurídico, sino en el mas simple de garantizar, no con arreglo a las normas de derecho civil, sino a las que regulan las relaciones interadministrativas entre Administraciones y Entes públicos, que las aportaciones han de ser destinadas, en definitiva a la financiación del contrato.

5. Abundando en esta última idea debemos concluir indicando que la cofinanciación de contratos entre Administraciones y Entes públicos no es un instrumento que se produzca en el mismo momento de la celebración del contrato sino que derivará de convenios, normas o disposiciones administrativas, los cuales deben jugar un papel importante, al margen y con independencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para determinar la plena disponibilidad y garantía de las

aportaciones de los distintos Administraciones y Entes públicos que deben cofinanciar el respectivo contrato.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en el caso de cofinanciación de contratos con Administraciones Autonómicas y Locales el artículo 70.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe ser interpretado en el sentido de que la plena disponibilidad de aportaciones se cumple con la aprobación del gasto para el ejercicio corriente y para los sucesivos con arreglo a sus respectivas normas presupuestarias y que la prestación de una garantía para la efectividad de las aportaciones no exige su constitución en sentido estricto jurídico, debiendo estarse, sobre todo, a los convenios, normas o disposiciones de los que resulte la cofinanciación y de lo que dispongan respecto a los indicados extremos.

Informe 7/97, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Pliegos de claúsulas administrativas, generales y particulares. Aplicación de normas y claúsulas específicas de los contratos de obras a los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales.

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe sobre la consulta que adjunta redactada en los siguientes términos:

> *"Por parte de esta Consejería de Obras Públicas se vienen tramitando liquidaciones de Contratos de Asistencia Técnica en las que recogen adicionales por exceso de medición de las unidades contratadas, siempre que no supere el 10% del presupuesto del contrato.*
>
> *Dicha posibilidad, si bien no se prevé de forma expresa en la cláusula 47 del P.C.A.G. de Estudios y Servicios del año 1972, que en esta comunidad se aplica de forma supletoria, si se recoge en la cláusula 62 del P.C.A.G. de Obras, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.*
>
> *Así, en la aplicación supletoria de las normas del Contrato de Obras se han venido apoyando las liquidaciones con adicionales por exceso de medición en los contratos de asistencia, sin que hasta la fecha se haya realizado observación alguna ni por el Tribunal de Cuentas ni por la Sindicatura de Cuentas de Castilla La Mancha.*
>
> *Sin embargo, en la actualidad se han planteado internamente dudas sobre si la interpretación hasta ahora mantenida tenía suficiente amparo legal, al entenderse que la posibilidad de incluir en la liquidación excesos de medición, con el límite reseñado, esta vedada de forma manifiesta por la cláusula 47, objeto de esta consulta. Dicha interpretación supondría la necesidad de tramitar un expediente de Modificación en todos los supuestos en que la ejecución del contrato exija la realización de, al menos, una unidad de trabajo más de las prevista inicialmente.*
>
> *Por otro lado, la cláusula 62 del P.C.A.G. de Estudios y Servicios indica expresamente que formará parte de la liquidación la valoración de los trabajos "realmente efectuados", pareciendo respaldar la interpretación hasta ahora realizada por esta Consejería.*
>
> *Conforme a todo lo anterior, y dada la transcendencia de este asunto, es necesario que por la Junta Consultiva de Contratación se emita un informe sobre este asunto".*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993, 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, la cuestión de admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y órganos mencionados -en este caso concreto por el titular de la Consejería de Obras Públicas- sino por el Secretario General Técnico de dicha Consejería, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre las cuestiones suscitadas, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.

La cuestión que se suscita es la de la posible aplicación de la cláusula 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, a los contratos de asistencia técnica celebrados por la Consejería de Obras Públicas y regidos por el Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972 del entonces Ministerio de Obras Públicas.

Esta Junta Consultiva entiende que, aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resultaba factible que el contenido de la cláusula 47 del Pliego de 1972 pudiera ser sustituido por la cláusula 62 del Pliego de 1970, dado que la primera no preveía, y la segunda sí, adicionales por exceso de medición de las unidades contratadas, siempre que no superasen el 10 por 100 del presupuesto del contrato, si algún género de duda podía caber, ésta queda totalmente despejada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que las normas del contrato de obras no pueden aplicarse con carácter supletorio al resto de contratos regulados en la propia Ley entre los que figuran los de consultoría y asistencia.

Informe 11/97, de 20 de marzo de 1997. Otros informes. Conceptos generales. Falta de legitimación para solicitar Informe sobre cuestiones relativas a otro órgano de contratación y competencia del órgano de la Administración que debe emitir Informe de carácter jurídico sobre los pliegos.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Armilla (Granada) se dirige escrito al Presidente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa haciendo constar que por el Pleno del Ayuntamiento de Granada en sesión celebrada el día 31 de enero de 1997, se adoptó el acuerdo de modificar la forma de gestión del servicio público de aguas y alcantarillado y convocar un concurso por procedimiento abierto para la participación en la gestión del servicio público municipal de abastecimiento y saneamiento de aguas de Granada a través de la integración, mediante compra de acciones en la Empresa Municipal de Aguas de Granada, S.A. (Emasagra, S.A.). Acompañando copia del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Granada y del pliego del concurso convocado se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los aspectos del pliego de cláusulas del concurso abierto para la gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento de aguas de Granada que puedan ser contrarios a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y demás normas de aplicación fundamentando la consulta en ser la localidad de Armilla colindante con la de Granada y estar ambas poblaciones integradas en la futura Area Metropolitana de Granada, a través de la cual se han de prestar en el inmediato futuro una serie de importantes servicios entre los que puede estar el de abastecimiento de aguas y el de saneamiento y, por otro lado al explotar en la actualidad la Empresa Municipal de Aguas de Granada (Emasagra, S.A.) las estaciones de depuración de aguas residuales, que afectan también al Ayuntamiento de Armilla.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo y excluyente respecto las cuestiones de fondo suscitadas ha de realizarse un pronunciamiento sobre si el Ayuntamiento de Armilla puede formular consulta sobre acuerdos y pliegos adoptados por el Ayuntamiento de Granada y sobre si ésta Junta tiene competencia para emitir informes en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

2. En primer lugar, se da la circunstancia curiosa de que el Ayuntamiento de Armilla solicita informe sobre si determinados aspectos del pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso convocado por el Ayuntamiento de Granada para la participación en la gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento de aguas de Granada contradicen la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con independencia de que pueda sostenerse la falta de legitimación del Alcalde del Ayuntamiento de Armilla para solicitar informe a esta Junta, al amparo del artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, lo cierto es que la petición de informe así planteada contradice los más elementales principios y reglas del procedimiento administrativo, pues siendo la finalidad de los informes, como actos de instrucción del procedimiento, ilustrar las decisiones del órgano decisor no se alcanza a comprender qué decisiones en relación con los acuerdos y pliegos del Ayuntamiento de Granada, puede adoptar el Alcalde o el Ayuntamiento de Armilla, ni, en consecuencia, qué alcance y significado puede tener el pronunciamiento de esta Junta, en sentido positivo o negativo, sobre las hipotéticas contradicciones del pliego, con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin que estas consideraciones queden desvirtuadas por la alusión a futuras y también hipotéticas

actuaciones en relación con el Area Metropolitana de Granada, por lo que procede concluir que el Alcalde del Ayuntamiento de Armilla no puede solicitar informe, ni esta Junta emitirlo sobre los aspectos del pliego de cláusulas del Ayuntamiento de Granada que contradigan la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo.

3. En segundo lugar, y a mayor abundamiento, debe reiterarse el criterio de esta Junta expuesto en su informe de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 62/96) de que el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero no autoriza a que el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa pueda sustituir al que, con carácter preceptivo sobre los pliegos, establece el artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, atribuyéndolo al Servicio Jurídico respectivo, por lo que también por este argumento se llega a la conclusión de que esta Junta Consultiva no debe pronunciarse sobre los aspectos del pliego aprobado por el Ayuntamiento de Granada que contradigan la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la misma no debe pronunciarse sobre los aspectos del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por el Ayuntamiento de Granada para la participación en la gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento de aguas que contradigan la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de un lado, porque el informe lo solicita el Alcalde del Ayuntamiento de Armilla y, de otro lado, porque el informe de esta Junta no puede sustituir al que, con carácter preceptivo sobre los pliegos, corresponde a los Servicios Jurídicos del propio Ayuntamiento de Granada.

Informe 12/97, de 20 de marzo de 1997. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Clasificación de empresas. Exención de clasificación, por razones excepcionales de interés público, del Instituto Cartográfico de Cataluña, Organismo autónomo y celebración de convenios de colaboración entre organismos públicos.

ANTECEDENTES.

1. Por el Director General del Instituto Geográfico Nacional, dependiente del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Dirección General del Instituto Geográfico Nacional, conforme a la legislación vigente en materia de cartografía, tiene asignado como objetivo primordial la elaboración del Mapa Topográfico Nacional a escala 1:25.000.

Para 1997 se contempla la producción de las hojas del mapa correspondientes al territorio de Cataluña. La elaboración de dichas hojas exige de una serie de garantías a la empresa adjudicataria tanto en relación con la capacidad productiva para ejecutar los trabajos en los plazos que se especifican en el Pliego de Condiciones Técnicas como con la capacidad técnica para realizar la formación y redacción cartográfica en áreas de evidente especificidad lingüística para la compilación de la toponimia.

La línea productiva, hasta el momento, de las hojas editadas ha sido realizada por el Instituto Geográfico Nacional por medios propios y en colaboración con el Institut Cartogràfic de Catalunya en tareas de formación de índole toponímico sobre la información geográfica de Cataluña.

Dada la imperiosa necesidad de realizar el Mapa Topográfico a escala 1:25.000 del territorio de Cataluña para el año 1997 y en base al elevado volumen de trabajo que el Instituto Geográfico Nacional realiza en todo el territorio nacional, no le es posible acometerlo por medios propios, siendo necesaria la asistencia externa que permita abordar el proyecto en tiempo y forma. La elaboración de las mismas por el Instituto Cartogràfic de Catalunya supone una garantía en cuanto a la calidad del trabajo a realizar debido al prestigio de la citada institución y al hecho de que como hemos dicho anteriormente éste ha venido colaborando en la revisión toponímica de las hojas que el Instituto Geográfico Nacional ha publicado en Cataluña.

El Institut Cartogràfic de Catalunya fue creado por la Ley 11/1982 de 8 de Octubre, del Parlamento de Catalunya como Organismo Autónomo Comercial Industrial y Financiero adscrito al Departamento de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya. La citada Ley le atribuye en su Art. 3.3 la función de "realizar estudios o trabajos encomendados o solicitados por entidades públicas o particulares mediante la contraprestación que a este efecto se concrete". (Se acompaña copia de la citada Ley).

Atendiendo a lo anteriormente expuesto parece aconsejable la adjudicación a favor del Institut Cartogràfic de Catalunya de este contrato por el Procedimiento Negociado sin Publicidad del Art. 211 b de la Ley 13/95 de Contratos para las

Administraciones Públicas toda vez que el Servicio Jurídico del Ministerio de Fomento ha informado favorablemente la procedencia del contrato.

Sin embargo hay que reseñar que el importe del contrato exige que el Institut Cartogràfic de Catalunya se encuentre clasificado en el Grupo I, Subgrupo I, Categoría D conforme a lo establecido en el Orden de 30 de Enero de 1991 por la que se modifican determinadas normas de la Orden de 24 de Noviembre de 1982 sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios, requisito que no cumple el Institut Cartogràfic de Catalunya.

El Art. 25.3 de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas y el art. 2 del RD 609/1982 de 12 de Febrero por el que se dictan las normas para la clasificación de las empresas consultoras recogen la posibilidad de autorizar excepcionalmente, por el Consejo de Ministros, la contratación con una empresa no clasificada a instancias del Jefe del Departamento y previo informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación.

En consecuencia, se remite dicho expediente de contratación relativo a la Asistencia Técnica para el vuelo fotogramétrico, apoyo, aerotriangulación y restitución numérica, formación y edición de hojas del Mapa Topográfico Nacional a escala 1:25.000 en el ámbito de Cataluña y documentación al respecto, solicitando se emita, informe favorable, si se considera oportuno, para autorizar la exención de exigencia de clasificación al Institut Cartogràfic de Catalunya."

2. Al anterior escrito se acompaña diversa documentación del expediente de contratación de la asistencia técnica para el vuelo fotogramétrico, apoyo, aerotriangulación, restitución numérica, formación y edición de hoja del Mapa Topográfico Nacional 1:25.000 correspondiente al ámbito territorial de Cataluña que se fundamenta en el artículo 211.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para emitir el informe solicitado hay que precisar que la solicitud se deduce con fundamento en el artículo 25.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a cuyo tenor "excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado". No obstante, con carácter previo, conviene realizar ciertas consideraciones sobre el supuesto de hecho que se contempla, en cuanto pueden influir en la decisión que, definitivamente, se adopte.

2. Cuestión sobre la que reiteradamente se ha manifestado esta Junta, con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha sido la de la configuración de las relaciones existentes entre Administraciones Públicas, Organismos autónomos y Entes públicos, cuyos criterios son perfectamente reiterables en el presente supuesto, por tratarse de la relación que pretende entablarse por vía de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas entre la Administración del Estado -la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional dependiente del Ministerio de Fomento- y un Organismo autónomo -el Instituto Cartográfico de Cataluña-, dependiente de la Generalidad de Cataluña.

En el informe de 22 de julio de 1996 (Expediente 39/96) esta Junta hace un resumen de los criterios aplicables antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con posterioridad en los siguientes términos:

En diversos informes de esta Junta, singularmente en los de 13 de junio de 1984 (Expediente 14/84), 15 de octubre de 1985 (Expediente 37/85), 4 de abril de 1989

(Expedientes 1/89, 6/89 y 8/89), 28 de julio de 1994 (Expediente 11/94) y 16 de diciembre de 1994 (Expediente 25/94) se manifiestan los siguientes criterios:

- Partiendo del carácter de entes públicos que debe predicarse de los organismos intervinientes -en el presente caso, para mayor claridad se trata de un Organismo autónomo- es criterio reiteradamente mantenido que las dificultades que suscita la aplicación de la legislación de contratos del Estado a estos entes y que se manifiestan en una serie de normas como las relativas a la acreditación de no hallarse incurso el organismo en prohibiciones de contratar, al cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social, a la clasificación, y al régimen de garantías, determina que las relaciones de contenido contractual entre estos organismos deben instrumentarse normalmente a través de la vía de colaboración y sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos.

- Como argumento que refuerza la utilización normal de la vía de convenio en las relaciones entre organismos públicos se señala la contraposición existente entre la redacción del número 4 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado que se refiere a convenios de cooperación entre entes públicos y la redacción del número 7 del mismo artículo que, según resulta del artículo 12 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989, comprende, para excluirlos de la Ley los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado "siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales", salvedad esta última que, al no figurar en el número 4, permite sostener que los convenios de cooperación comprendidos en este último, es decir, los que se celebren con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales, figurando entre estas últimas, como es obvio, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

En materia de clasificación se sostiene el criterio de que si se acude a la figura del convenio al amparo del artículo 2, apartado 4 de la Ley de Contratos del Estado, la exclusión de la aplicación de la Ley determina la no exigencia de clasificación, mientras que si se acude excepcionalmente a la celebración de contratos en que el adjudicatario sea un Organismo autónomo o Ente público, la imposibilidad de obtención de clasificación, por inaplicación de las normas reguladoras de la clasificación de contratistas de obras y de la clasificación con empresas consultoras o de servicios, determina que la clasificación deba ser sustituida por la autorización del Consejo de Ministros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado y en el artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

Las consideraciones anteriores son perfectamente reiterables una vez producida la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pues la misma, en esta materia, incorpora preceptos sustancialmente idénticos a los de la anterior legislación de contratos del Estado.

Así puede sostenerse que la relación entre Administraciones Públicas, Seguridad Social, Organismos autónomos y restantes Entidades públicas ha de articularse por la vía de convenios de colaboración a que se refiere, para excluirlos de la Ley, el artículo 3.1.c) de la misma, por las dificultades que la aplicación de las normas de la Ley a estas Administraciones, Organismos y Entidades como contratistas presenta y por el argumento de la contraposición entre el citado artículo 3.1.c) y el artículo 3.1.d) de la Ley, en cuanto éste se refiere a convenios de colaboración

que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, exigiendo que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales, exigencia inexistente en el artículo 3.1.c).

En materia de clasificación, si excepcionalmente se decide celebrar un contrato en que el Organismo consultante asuma la posición de contratista, las propias normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las reglamentarias anteriores que deben considerarse subsistentes por efecto de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley hacen referencia a empresas contratistas de obras y a empresas consultoras o de servicios, por lo que su inaplicación a Organismos autónomos y Entes públicos, en general, determinan que sea necesario acudir a la prevención contenida en el artículo 25.3 de la Ley, que sustituye al artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado y al artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero, y a cuyo tenor "excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado".

En esta materia de clasificación resulta significativo que el artículo 26.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluya una norma eximiendo de clasificación como contratistas a las Universidades para ser adjudicatarias de contratos con las Administraciones Públicas, en los supuestos del artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, pues siendo idéntico el problema que se suscita por el Organismo autónomo consultante al que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, suscitaba la clasificación de las Universidades, que motivó la mayor parte de los informes de esta Junta, la solución legislativa viene a demostrar que, a falta de norma expresa para los Organismos autónomos, su clasificación excepcional debe seguir siendo resuelta con los criterios del artículo 25.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que con anterioridad debía serlo con arreglo a los citados artículos 106 de la Ley de Contratos del Estado y 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

3. Como resumen de los criterios de esta Junta, que resulta improcedente rectificar, hay que concluir que la forma normal de relacionarse la Dirección de el Instituto Geográfico Nacional, dependiente del Ministerio de Fomento, y el Instituto Cartográfico de Cataluña, Organismo autónomo dependiente de la Generalidad de Cataluña, es la vía del convenio de colaboración prevista en el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con lo que se obvian las dificultades que en orden a clasificación, garantías, procedimientos de adjudicación, etc.... presenta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su aplicación, como adjudicatarios, a los Organismos autónomos. Sin embargo, si a pesar de ello se propugna celebrar un verdadero contrato entre la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional y el Instituto Cartográfico de Cataluña, en el que este último sea el adjudicatario, cosa posible, como hemos visto según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esta Junta informa favorablemente la dispensa de clasificación al Instituto Cartográfico de Cataluña, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, principalmente el carácter de Organismo autónomo de dicho Instituto y las dificultades, por tal carácter, de obtener la clasificación mediante la tramitación del correspondiente expediente y porque la solvencia económica, financiera y técnica del Organismo puede ser suficientemente acreditada. A tales efectos deberá instruirse el correspondiente expediente en el que se incorporen los datos sobre solvencia del Organismo, su carácter de Organismo autónomo, el informe de esta Junta y cuantos documentos se estimen pertinentes a fin de que el Ministro de

Fomento pueda someter a la consideración del Consejo de Ministros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el acuerdo de dispensar de clasificación al Instituto Geográfico de Cataluña, Organismo autónomo dependiente de la Generalidad, para celebración de un contrato de asistencia técnica con el Instituto Geográfico Nacional.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las relaciones entre el Instituto Geográfico Nacional y el Instituto Cartográfico de Cataluña deben articularse por la vía del convenio de colaboración exento de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas según resulta del artículo 3.1.c) y que si, no obstante, se pretende adjudicar un contrato de asistencia por el primer Organismo al segundo se informa favorablemente la dispensa de clasificación del último, al amparo del artículo 26.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el expediente que debe instruirse para que el Ministro de Fomento proponga tal dispensa al Consejo de Ministros.

Informe 16/97, de 14 de julio de 1997. Otros informes. Conceptos generales. Diversas cuestiones sobre la declaración responsable sobre no estar incursa la empresa en causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES.

Por D. Carlos Morales Palomino, en su calidad de Presidente de la Federación Española de Asociaciones de Empresas de Ingeniería, Consultoría y servicios Tecnológicos (TECNIBERIA), dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En su día tuvimos el honor de solicitar Dictamen de esa Junta Consultiva sobre la cualificación de TECNIBERIA para extender el otorgamiento de Declaración responsable a que se refiere la Ley 13/95 de Contratos de las AA.PP. en su art. 21. Este dictamen fue emitido el 24-X-95 con el nº 35/95 de su Protocolo, en el sentido de que la referencia a Organismo Profesional Cualificado solamente tenía sentido ante empresarios de otros países.

Sin embargo de ello, y previa la pertinente advertencia, nuestra Secretaría General de la Asociación TECNIBERIA-CIVIL se presta a extender a sus Asociados certificados de comparecencia en la que éstos declaran responsablemente lo que procede para cumplir los requisitos del citado Art. 21 e incorporar ese documento a sus ofertas.

La mayor parte de los Órganos Contratantes de las AA.PP. ante los que dichos certificados se presentan, los consideran admisibles como sustitutivos de declaración ante Fedatario Público, por el contrario, los rechazan.

Se dan también las siguientes disparidades en las exigencias de otras modalidades de presentación:

a) Pueden bastar la certificación notarial de firma, pero en otros casos se requiere la declaración ante Notario.

b) La declaración ante Autoridad Administrativa es para unos un mero documento autodeclarativo que se incorpora a la oferta, mientras otros exigen que sea previamente cotejado y sellado por esa Autoridad.

c) En todos los casos, la Mesa de Licitación tiene reservada la soberanía en la interpretación del alcance que deben tener los documentos para ser aceptados. De modo que al cambiar los miembros de la mesa también pueden hacerlo las exigencias.

En consecuencia, nuestros Asociados nos transmiten su perplejidad y preocupación sobre esta materia, y echan de menos una normativa específica y concreta cuyo cumplimiento asegure la aceptación del documento de Declaración Responsable.

El motivo de esta comunicación es solicitar de esa Junta Consultiva un Dictamen que aclare el procedimiento a seguir para ello."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. En el escrito de consulta se plantean una serie de cuestiones en relación con la exigencia de declaración responsable a que se refieren los artículos 21.5 y 80.2.b) de

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar el primero que la prueba por parte de los empresarios de no estar incursos en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado y el segundo, es decir, el artículo 80.2.b), que las proposiciones de los interesados deberán ir acompañadas en sobre aparte además de los documentos que reseña, de una declaración responsable de no estar incursa la empresa en prohibición de contratar, conforme al artículo 20 de la Ley.

Para resolver adecuadamente las cuestiones suscitadas se hace preciso ordenarlas sistemáticamente, examinando por separado los supuestos de declaración responsable ante autoridad administrativa, ante Notario y ante organismo profesional cualificado, el procedimiento para incorporar la declaración responsable al expediente de contratación y criterios de las Mesas en cuanto a su admisión y la posible modificación de la normativa vigente sobre la citada declaración.

2. En cuanto a la declaración responsable ante autoridad administrativa esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23 de marzo de 1988 sobre aplicación de la legislación adaptada a las Directivas comunitarias sobre contratación pública y en relación con el tercer párrafo del artículo 9 de la entonces vigente Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, que sustancialmente reproduce el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, declaraba lo siguiente: *"A juicio de esta Junta Consultiva la declaración responsable a que se refiere el transcrito precepto podrá ser efectuada ante el propio órgano de contratación pues resulta indudable que el mismo debe considerarse autoridad administrativa, como se desprende claramente de la redacción del precepto, distinguiendo entre autoridad competente para expedir certificaciones (por ejemplo de la Administración Tributaria o de la Seguridad Social) y otras autoridades administrativa ante las que puede efectuarse la declaración responsable y, sobre todo, del sentido y finalidad del artículo 23 de la Directiva 71/305/CEE, sobre contratos de obras y del artículo 20 de la Directiva 77/62/CEE, sobre contratos de suministro de los que procede la norma de la legislación española."*

Sustituyendo la referencia al artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado por la del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la de los artículos 23 de la Directiva 71/305/CEE y 20 de la Directiva 77/62/CEE por la correspondiente a los artículos 24 de la Directiva 93/37/CEE, 20 de la Directiva 93/36/CEE y 29 de la Directiva 92/50/CEE, que son las vigentes en la actualidad, esta Junta Consultiva en sus informes de 24 de octubre de 1995 (Expedientes 34/95 y 35/95) ha venido a sustentar el mismo criterio de la Recomendación del año 1988, por el dato fundamental de que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en este extremo y en relación con la legislación anterior, no ha introducido modificación alguna.

Procede, por tanto, reiterar los criterios anteriores de esta Junta señalando que la declaración responsable a que se refieren los artículos 21.5 y 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede ser realizada ante el propio órgano de contratación y aunque no se excluye que también pueda ser realizada ante otra autoridad administrativa, distinta del órgano de contratación, no se alcanza a comprender cuales sean las ventajas de esta segunda alternativa frente a la más simple y que representa menos trámites de la primera.

3. En relación con la declaración responsable ante Notario se suscita en el escrito de consulta si basta "la certificación notarial de firma" o se requiere que la declaración se formule ante Notario, entendiendo esta Junta que lo que exige la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 25.1 es una declaración responsable

otorgada ante .... notario público, sin que este concepto pueda ser equiparado a lo que en el escrito de consulta se denomina "certificación notarial de firma".

4. Vuelve a plantearse nuevamente en el escrito de consulta la cuestión relativa de la declaración ante organismo profesional cualificado y, sin perjuicio de reiterar los criterios expuestos en los citados informes de 24 de octubre de 1995 (Expedientes 34/95 y 35/95) en el sentido de que "la referencia a "organismo profesional cualificado" que recoge la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -y recogía la Ley de Contratos del Estado- ha sido exclusivamente motivada por la necesidad de incorporar el contenido de las Directivas comunitarias y prever situaciones que puedan darse en otros países, comunitarios o no, pero sin que dicha referencia tenga sentido respecto a empresarios españoles" ahora debemos añadir, en el mismo sentido de la argumentación anterior, que la principal dificultad de admitir una declaración responsable ante un organismo profesional cualificado radica precisamente en la falta de definición en la legislación española de tales organismos, razón que motiva o puede motivar, como se apunta en el escrito de consulta, el rechazo por los órganos de contratación de declaraciones presentadas, riesgo tan perjudicial para el empresario afectado que, con independencia de los recursos pertinentes, debe tratar de evitar con la declaración responsable ante el órgano de contratación.

5. Como cuestiones relativas al procedimiento para incorporar la declaración responsable al expediente de contratación se plantea en el escrito de consulta la de si la declaración ante la autoridad administrativa es un mero documento autodeclarativo que se incorpora a la oferta o es necesario que sea previamente cotejado y sellado ante esa autoridad.

La cuestión debe ser resuelta distinguiendo, como ha quedado expuesto, la declaración responsable que se formula ante el órgano de contratación y la que puede formularse ante autoridad administrativa distinta.

En ambos casos, según resulta del artículo 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la declaración responsable debe acompañarse a la proposición, en sobre aparte, junto con los demás documentos que se mencionan, por lo que en ningún caso debe incorporarse a la oferta como erróneamente se afirma en el escrito de consulta. Si la declaración responsable se formula ante el propio órgano de contratación únicamente estará sujeta al requisito de comprobación de que la declaración es formulada por el empresario o por quien tiene poder para hacerlo, mientras que si se ha formulado ante autoridad administrativa distinta del órgano de contratación es lógico que su incorporación al expediente requiera que se acredite la autenticidad de la declaración con lo que debe exigirse la mención expresa de la autoridad ante la que se ha formulado y la autenticidad de la declaración con el sello de dicha autoridad.

Respecto al cambio de criterios en cuanto a exigencias de documentación por cambio de los miembros de las Mesas de contratación constituye una opinión subjetiva. No obstante, si se produjera tal circunstancia, habría que utilizar los remedios generales del ordenamiento jurídico debiendo significarse como es obvio que el principio de legalidad afecta a todos los órganos de la Administración, con independencia de que cambien sus titulares o miembros y que por la infracción del principio de legalidad los particulares pueden utilizar los recursos pertinentes del ordenamiento jurídico, sin que ello constituya una especialidad de la actuación de las Mesas de contratación y del cambio de sus miembros.

6. En el escrito de consulta, por último, se hace referencia a una normativa específica y concreta cuyo cumplimiento asegure la aceptación de un documento de declaración responsable.

Esta Junta considera que el presente informe, en aplicación de la legislación vigente, resulta suficientemente expresivo en cuanto a los requisitos que debe reunir la declaración responsable, lo que no excluye, que si se considera necesaria la precisión sobre algún extremo concreto se lleve a cabo mediante la promulgación de la normativa de desarrollo de la Ley, pareciendo el cauce más adecuado para ello utilizar

el futuro Reglamento General de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la declaración responsable a que hacen referencia el artículo 21.5 y el artículo 80.2, b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede ser realizada ante el órgano de contratación, ante otra autoridad administrativa o ante notario, cumpliendo los requisitos y con las exigencias que resultan de los citados artículos, sin perjuicio de que pueda parecer conveniente precisar algún extremo en las futuras normas reglamentarias de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que la declaración responsable ante organismo profesional cualificado, como ya se puso de relieve en informes de esta Junta de 24 de octubre de 1995, por proceder de las Directivas comunitarias, presenta dificultades de aplicación a los empresarios españoles, singularmente por la falta de definición de organismo profesional cualificado en la legislación española, dificultad que igualmente podría ser solventada en las futuras normas de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 17/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de obras. Revisión de precios. Requisitos para la aplicación de la revisión de precios.

ANTECEDENTES.

Por el Consejero Insular del Area de Infraestructura y Medio Ambiente del Cabildo Insular de Tenerife se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Las direcciones facultativas de obras de esta Excma. Corporación, una vez entrada en vigor la LCAP, vienen aplicando criterios divergentes en lo que se refiere a las certificaciones de revisión de precios. Así, por un lado,interpretando conjuntamente el art. 104 de la LCAP y el 4.1 del Decreto Ley 2/64 de 4 de Febrero, se excluye de la revisión el primer 20% certificado del presupuesto total del contrato. La otra interpretación entiende que el sentido del art. 104 de la LCAP es que una vez generado para el contratista el derecho a la revisión de precios, ésta se aplica al origen sobre la totalidad de lo certificado.*
>
> *A fin de mantener un criterio uniforme en la interpretación del asunto de referencia, y dado que no se han emitido informes por la Secretaría e Intervención, le ruego ilustre a esta Excma. Corporación en cuanto a la interpretación más adecuada conforme a la LCAP."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se formula la consulta viene firmado por el Consejero Insular del Area de Infraestructura y Medio Ambiente del Cabildo Insular de Tenerife.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 25 de octubre de 1993 (Expediente 19/93), 2 C de julio, 24 de octubre y tres de 21 de diciembre de 1995 (Expedientes 22/95, 24/95, 39/95, 41/95 y 46/95) y 21 de marzo de 1997 (Expediente 7/97) la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa. Igualmente -añade- podrán solicitar informes a la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales.

En consecuencia, al no formularse la consulta por las personas y órganos mencionados -en este caso concreto por el Presidente del Cabildo- sino por el Consejero Insular del Area de Infraestructura y Medio Ambiente del Cabildo, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, a esta Junta realizar una serie de consideraciones generales sobre la cuestión suscitada, dado el interés, también general, que para supuestos similares puedan presentar.

A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa los términos en que aparece redactado el artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, estableciendo que la revisión de precios tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación, no admiten otra interpretación que la literal de que ambos requisitos figuran como acumulativos y no como alternativos, de tal modo que tanto el 20 por 100 del importe como los seis meses desde la adjudicación se consideran por la Ley exentos de revisión.

Informe 21/97, de 14 de julio de 1997. Otros informes. Conceptos generales. Actuación de la Mesa de contratación y características y aplicación del procedimiento negociado.

ANTECEDENTES.
Por el Director General del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"Con el fin de aclarar determinadas dudas derivadas de la aplicación de la Ley 13/1995 de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con las siguientes cuestiones:

1.- Sobre la Mesa de Contratación.

1.1.- En los contratos, cuyo procedimiento de adjudicación sea el negociado y, cuando por causas justificadas, solamente exista proposición de un empresario,

¿Es necesaria la intervención de la Mesa de Contratación?

1.2.- En caso de que la respuesta sea afirmativa,

¿Se encuentra entre las funciones de la Mesa,no sólo proponer la adjudicación sino también cerciorarse de que en el expediente figuran todos los documentos exigidos por la legislación?

2.- Sobre el procedimiento negociado.

2.1. Sobre la licitación pública y secreto de la ofertas.

En cuanto al procedimiento negociado, han surgido dudas en la interpretación de los siguientes puntos de la Ley 13/1995.

En la Sección 2ª;, Normas Generales, del Capítulo VII, De la Adjudicación de los Contratos, de la Ley se estipula en el artículo 80 que las proposiciones serán secretas y que se deberán arbitrar los medios para que permanezcan así hasta el momento de la licitación pública.

Posteriormente la Ley vuelve a reincidir en el mismo sentido en los artículos 83.1 al hablar de la subasta y en el artículo 89.1 al referirse al concurso, ambas formas de adjudicación aplicables, solamente, a los procedimientos abierto y restringido.

Más adelante en el artículo 92 de la Sección 3ª;, Del procedimiento restringido, específica que a este procedimiento le serán de aplicación las normas generales de esta Ley, con las especialidades que se recogen en el mismo artículo.

Sin embargo en la Sección 4ª;, Del procedimiento negociado, no se hace referencia a que a dicho procedimiento le sean de aplicación las normas generales, como se ha visto que ocurre con el procedimiento restringido.

A la vista de todo lo anterior se plantea las preguntas siguientes:

¿Existe licitación pública en el procedimiento negociado?

¿Es preceptivo en dicho procedimiento el secreto en las ofertas?

2.2. Sobre la negociación con los empresarios.

En el artículo 74.4 de la Ley se dice que el contrato se adjudicará al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del mismo con uno o varios empresarios.

Así mismo de la lectura del artículo 93 podría deducirse que previa a la adjudicación existe una selección del empresario, al que se propone como adjudicatario.

Dado que la Ley habla de una negociación previa con los empresarios, se plantea la pregunta siguiente:

¿Se deduce de lo anterior que el Órgano de Apoyo a la Contratación debe de presentar a la Mesa el resultado de la negociación realizada previamente con los empresarios?

En caso afirmativo,

> *¿Es lícita, entonces, la apertura de las ofertas con anterioridad a la Mesa de Contratación?"*

Se solicita de esta Junta que admita la mencionada consulta y emita dictamen sobre las cuestiones planteadas".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se suscitan en el escrito de consulta una serie de cuestiones relativas a la intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento negociado para cuya resolución procede realizar, con carácter previo, algunas consideraciones sobre el carácter y significado de ambas figuras en la legislación de contratos del Estado y en la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo que permitirá dar respuesta a cada una de las cuestiones concretas planteadas.

2. La Mesa de contratación, como órgano colegiado de asistencia al órgano de contratación venía regulada en la Ley de Contratos del Estado, detallando su composición y atribuyéndole las funciones de elevar propuestas al órgano de contratación en la adjudicación por subasta o concurso, siendo desarrollada en este aspecto por el Reglamento General de Contratación del Estado. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 82.1 señala que salvo en los supuestos del artículo 12.4, que se refiere a la existencia de Juntas de Contratación, "el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos estará asistido de una Mesa", consistiendo la principal innovación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la legislación anterior, en haber extendido la intervención de la Mesa de contratación a la adjudicación de contratos por procedimiento negociado, al no realizar el artículo 82 ninguna salvedad al respecto lo que confirma, además, el artículo, 93.2 referente al procedimiento negociado al señalar que "la propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de contratación, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 82", en tanto que la legislación anterior, como hemos indicado, refería la intervención de la Mesa a la adjudicación por subasta y concurso, quedando excluida tal intervención en la contratación directa equivalente al procedimiento negociado.

Con ello se quiere resaltar que la solución de los problemas que plantea la intervención de la Mesa en procedimientos negociados no pueda ser abordada con criterios interpretativos deducidos de las normas que regulaban este extremo en la legislación anterior, ni siguiera con la aplicación prevista en la disposición derogatoria,

única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de normas reglamentarias anteriores en cuanto no se opongan a su contenido, por la sencilla razón de su inexistencia, sino que dichos problemas han de tratar de resolverse mediante la interpretación de las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica al procedimiento negociado y la legislación anterior al procedimiento equivalente, constituido por la contratación directa.

2. El procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, formas de adjudicación obligatorias en los procedimientos abiertos y restringidos, porque la adjudicación del contrato se adjudica, conforme señala el artículo 74.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios" y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación prevista en el artículo 82 y en el artículo 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto y técnico jurídico como existe en la subasta y en el concurso y que las ofertas a que se refiere el artículo 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes el artículo 37 de la Ley de Contratos del Estado, no son equiparables a las proposiciones a que se refiere el artículo 80 de la LcAP, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociado sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Aunque en el procedimiento negociado, como en el resto de los procedimientos de adjudicación, el adjudicatario ha de reunir los requisitos positivos de capacidad solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar y sobre dichos requisitos ha de pronunciarse la Mesa, lo cierto es que la ausencia de única verdadera licitación y la falta de un trámite preceptivo de presentación de ofertas en sentido análogo al de presentación de proposiciones permite concluir que en cualquier momento antes de la adjudicación puede producirse la intervención preceptiva de la Mesa de Contratación que formule su propuesta al órgano de contratación con lo cual se cumple el requisito de su intervención en el procedimiento negociado prevista en los artículos 82 y 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios que derivan de la utilización del procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la Administración y uno o varios empresarios y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso en procedimientos abiertos y restringidos, teniendo en cuenta que solución contraria a la propugnada desnaturalizaría el procedimiento negociado, en contra de la intención del legislador y regulación concreta del mismo incorporada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que sucedía en la legislación anterior en relación con la contratación directa.

3. Las ideas apuntadas permiten dar contestación a las preguntas concretas del escrito de consulta, a modo de conclusiones, aunque alguna de ellas ya ha sido anticipada.

A la pregunta de si es necesaria la intervención de la Mesa cuando solo exista proposición de un empresario debe darse una respuesta afirmativa ya que los artículos 82 y 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no hace salvedad o excepción alguna a la preceptiva intervención de la Mesa, aunque debe matizarse, por lo razonado anteriormente, que debe eludirse el término proposición y

utilizarse el de oferta, ajustando la terminología a la de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En relación con las funciones de la Mesa y, concretamente, si debe cerciorarse de que en el expediente figuran todos los documentos exigidos por la Ley, ya anticipábamos que la Mesa no puede proponer la adjudicación a empresas que no reúnan los requisitos de capacidad y solvencia establecidos en la Ley, pero que para conciliar la necesaria flexibilidad del procedimiento negociado con la también necesaria intervención de la Mesa, esta última puede producirse en cualquier momento anterior a la adjudicación.

En relación con las preguntas de si existe licitación pública en el procedimiento negociado y si es preceptivo el secreto en las ofertas hay que reiterar que frente a la subasta y al concurso como formas obligadas de adjudicación en los procedimientos abiertos y restringidos, el procedimiento negociado no constituye licitación, ni las ofertas son proposiciones, por lo que no resulta aplicable a dichas ofertas la norma del artículo 80 de la Ley referente al carácter secreto de las proposiciones. Precisamente el carácter no secreto de las ofertas puede constituir un elemento fundamental a efectos de negociar con los restantes empresarios el precio del contrato.

La no aplicación a las ofertas, en el procedimiento negociado, del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto al carácter secreto de las ofertas, debe ser matizada pues aunque no resulta imprescindible su presentación en sobre cerrado y su apertura con posterioridad a la de la documentación complementaria, si deben considerarse afectadas por el carácter secreto o reservado que, con carácter general, afecta a los datos que los interesados presentan o facilitan a las Administraciones Públicas, es decir, que las ofertas en el procedimiento negociado pueden ser utilizadas por la propia Administración, aunque no deben ser públicas frente a terceros.

Por último, en cuanto a las preguntas de si la negociación ha de ser realizada previamente a la constitución de la Mesa y de si es lícita la apertura de ofertas con anterioridad a la reunión de la Mesa de contratación ha de darse una respuesta distinta a cada una. En cuanto a la primera debe reiterarse que la propuesta de la Mesa ha de ser anterior a la adjudicación y por tanto, aunque sea en un momento inmediato anterior, debe tener conocimiento, a efectos de formular su propuesta, del resultado de la negociación. En cuanto a la segunda también debe reiterarse que no constituyendo las ofertas en el procedimiento negociado verdaderas proposiciones carece de sentido hablar de apertura de ofertas en acto único y simultáneo para todas las recibidas, ya que nada impide que las ofertas se vayan examinando a medida que se presenten y sobre la base de este examen se inicie la negociación esencia del procedimiento negociado.

Informe 29/97, de 14 de julio de 1997. Contratos de obras. Varios. Diversas cuestiones relacionadas con los plazos de ejecución de las obras, su abono respecto de las realizadas con anticipación a la previsión de ejecución, y financiación de las obras. Posibilidad de concurrencia de las Comunidades de Bienes a los contratos.

ANTECEDENTES.

1. Por D. Antón Marquet Artola, Diputado Foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipuzcoa, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> "*Habiéndose planteado dudas sobre la validez y eficacia de ciertas cláusulas establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas de un expediente de contratación de la Diputación Foral de Guipuzcoa, y ante la posibilidad de plantearse nuevamente cláusulas de este tipo, quisiéramos plantear la moción adjunta sobre la relación entre el plazo de ejecución del contrato y la financiación del mismo.*
>
> *Por otro lado, observándose un aumento significativo de empresas que toman la forma jurídica de Comunidad de Bienes, quisiéramos conocer el tratamiento a las mismas cuando se presentan a las licitaciones de los contratos.*"

2. Al anterior escrito se acompaña un documento denominado "Moción sobre la relación entre el plazo de ejecución de una obra y la financiación de la misma" en el que expresamente se consignan las siguientes consultas:

> *1. Si es válida la previsión de los pliegos o si por el contrario, y conforme al artículo 14.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la administración contratante debe acomodar su financiación a la oferta del adjudicatario si ésta establece un plazo inferior al previsto en los pliegos de cláusulas administrativas, de forma que conforme a su plan de trabajo, la financiación prevista no se acomode a dichos plazos.*
>
> *2. En qué momento comienzan a contar los plazos previstos en la legislación de contratos para los abonos al contratista, en caso de que por haberse agotado la consignación presupuestaria de un ejercicio, dejen de realizarse abonos al contratista hasta el siguiente ejercicio pese a cumplir éste con el plan de trabajo propuesto.*
>
> *3. Si supone un posible aplazamiento del pago, el hecho de que los plazos previstos en la normativa de contratos para el abono de la liquidación, se pretenda aplicar sólo desde el momento en que se disponga de la anualidad correspondiente.*
>
> *4. En definitiva, si es válido lo previsto en el punto 31.6 de dichos Pliegos.*"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita el informe de esta Junta viene firmado por el Diputado Foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipuzcoa.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 10 de octubre de 1989, 14 de noviembre de 1990, 25 de octubre de 1993 y 22 de marzo, 24 de octubre

y 21 de diciembre de 1995, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy, concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991, después de enunciar las personas que en la Administración del Estado pueden solicitar informes a la Junta añade que igualmente pueden solicitarlos "los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales".

En consecuencia, al no formularse la consulta por el Presidente de la Diputación Foral de Guipuzcoa, sino por el Diputado Foral del Departamento de Hacienda y Finanzas de dicha Diputación Foral, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por el Presidente de la misma, tal como establece el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. Sin perjuicio de lo anterior, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende procedente realizar algunas observaciones en cuanto a la cuestión de fondo que se suscita, por su posible interés general para otros supuestos similares que puedan presentarse.

Las cuestiones concretas que se suscitan, pueden ser considerarse en dos grupos. Por una parte el régimen de financiación de los contratos y su posible derivación hacia el contratista, con especial referencia a las previsiones de pagos por ejecución de obras imputables a anualidades de ejercicios futuros, y por otra a la consideración del momento en que comienza a contar los plazos previstos para abono al contratista cuando por haberse agotado la consignación presupuestaria de un ejercicio dejen de realizarse abonos al contratista hasta el ejercicio siguiente, además de una referencia a la posibilidad de concurrencia a la adjudicación de contratos de las comunidades de bienes.

Respecto de la primera de las cuestiones debe ser resuelta considerando lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), respecto del contenido de los contratos, y en concreto respecto del límite de los contratos y de los pactos y condiciones que se establecen en los pliegos. El citado artículo señala que podrá concertarse tales contratos, pactos y condiciones que se tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o al principio de buena administración, por lo que no es posible incluir en los pliegos pactos contrarios a la regla contenida en el artículo 14.4 de la LCAP, en el sentido de que la financiación de los contratos no se adecue a su ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajo, con las salvedades establecidas en el artículo 145.2, respecto de los abonos a cuenta por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones o acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en la previsión contenida en el Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales aprobado Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, cuyo contenido esencial es reflejado en la cláusula 31.6 del pliego aprobado por la Diputación Foral. Sin embargo, conviene precisar que los párrafos tercero y quinto de esta cláusula contienen referencias contrarias al ordenamiento jurídico en tanto difieren y atribuyen a la financiación del contrato a la oferta económica seleccionada y condiciona el comienzo del computo del plazo para hacer efectivo el pago a la disponibilidad de créditos resultantes de un nuevo ejercicio presupuestario. Los artículos 11.2 e), y 70.4 de la LCAP exigen la existencia de crédito adecuado suficiente para la licitación y posterior adjudicación de un contrato, preceptos íntimamente relacionados con las correspondientes normas presupuestarias que en el ámbito de las Entidades Locales se concretan en los artículos 143 y 153 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, que imponen que los contratos se financien con cargo a los créditos contenidos en el Presupuesto de la Diputación Foral, sin que exista, por otra parte, la posibilidad de demorar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, que han de

estar determinadas por la previa aprobación del gasto y vinculada a la disponibilidad presupuestaria de una nueva anualidad, ya que ante la falta de tal dotación, en el concepto liquidez, debe adecuarse la misma mediante las modificaciones presupuestarias oportunas y, en su caso, a la operación de tesorería pertinente.

Respecto del momento en que comienza a contar los plazos de abono al contratista en caso de haberse agotado la consignación presupuestaria, hay que precisar que en el artículo 100.4 de la LCAP no se excepciona la obligación de pagar en el plazo de dos meses, transcurrido el cual el contratista tiene derecho a percibir el interés de demora incrementado en 1,5 puntos, a la existencia de liquidez para hacerla efectiva, toda vez que consignación presupuestaria ha de existir por la previa aprobación del gasto y el reflejo de la correspondiente obligación contraída, por lo que cumplida la obligación a satisfacer y reconocida esta por la Administración mediante el cumplimiento de los procedimientos establecidos en la legislación especifica aplicable para tal fin, el órgano de contratación debe abonar el precio en el plazo establecido por el citado artículo, con la advertencia de que si se trata de pagos por prestaciones realizadas con adelanto en el tiempo a las previsiones de ejecución contenidas en el contrato y en la documentación incorporada al mismo con carácter contractual, el inicio del computo de plazo para hacerla efectiva se ha de postergar al inicio del ejercicio presupuestario a cuya previsión corresponde su abono.

Finalmente, en cuanto se refiere a la posibilidad de concurrencia de las Comunidades de Bienes a la adjudicación de contratos, debe advertirse que el artículo 15 de la LCAP exige respecto de las empresas que dispongan de personalidad jurídica y capacidad de obrar. El artículo 35.2 del Código Civil reconoce la personalidad jurídica a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Las comunidades de bienes, reguladas en los artículos 392 a 406, no reciben la atribución de personalidad jurídica, manteniendo los participes su personalidad jurídica propia en el ámbito de la comunidad, por lo que ha de concluirse que las mismas no pueden concurrir como tales a la adjudicación de contratos con las Administraciones Públicas.

Informe 50/97, de 2 de marzo de 1998. Conceptos generales. "Carácter de la factura a incorporar al expediente de contratación en los contratos menores y su relación con los pagos a cuenta".

ANTECEDENTES

Por el Consejero de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"El artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que en los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la "factura correspondiente" que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos.*
>
> *La expresión "factura correspondiente" contenida en el referido precepto ha llevado consigo la negativa por parte de la Intervención General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de tramitar expedientes de este tipo en los que existan varios pagos, entendiendo ese órgano que debe ser una sola factura la que conforme un expediente.*
>
> *Si bien hay contratos en los que por su corto espacio de tiempo se produce un solo abono necesariamente, existen otros (tales como determinados contratos de mantenimiento, direcciones facultativas de obras, etc.) que sin rebasar la cuantía legalmente establecida, única circunstancia ésta definitoria de los mismos, se prolongan en el tiempo, aconsejándose el pago fraccionado de éstos.*
>
> *A fin de actuar fundadamente en los citados supuestos, se solicita de ese órgano consultivo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero sobre régimen orgánico y funcional del mismo, emita informe en relación a dicho asunto, indicando la posibilidad o no de fraccionar el pago en estos supuestos."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se suscita en el presente expediente, como expresamente se consigna en el escrito de consulta, consiste en determinar si la expresión "factura correspondiente", utilizada por el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de ser interpretada en el sentido de admitir o no, en los contratos menores, la existencia de diversas facturas cuando se realicen abonos a cuenta (pagos fraccionados según el escrito de consulta) y ha de ser resuelta partiendo de la posibilidad o no de realizar tales abonos o pagos en los contratos menores.

2. En estos términos planteada la cuestión, la primera observación que hay que hacer es la de que el régimen de pagos en los contratos menores no ha merecido ninguna norma específica en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, existiendo, por el contrario, como aplicable a todos los contratos, el precepto del artículo 14.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo de que la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación". Por ello puede concluirse que, al amparo de la libertad de pactos, consagrada en el artículo 4 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es perfectamente ajustado a la normativa vigente pactar abonos a cuenta del precio, en particular, cuando lo exija el ritmo requerido en la ejecución del contrato menor, al igual que sucede en el resto de los contratos

regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que no tienen la consideración de menores, dado que el régimen jurídico de éstos últimos está limitado, según expresa el artículo 57 de la Ley, a la definición exclusiva por razón de su cuantía, a la necesidad de aprobar el gasto y a la de incorporar al expediente la factura correspondiente.

3. Con lo expuesto sólo resta por examinar el alcance que debe darse a la expresión "factura correspondiente" utilizada en singular por el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para lo que ha de acudirse a los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, del que resulta que, con el elemento literal de la interpretación de las normas jurídicas deben entrar en juego el elemento sistemático y, sobre todo, o fundamentalmente el elemento finalista o teleológico, habiendo quedado suficientemente razonado que, pese a la dicción literal del singular utilizado, deben prevalecer los argumentos que no excluyen la posibilidad de sustituir el singular "factura" por el plural "facturas".

Por lo demás no resulta extraño a la técnica normativa la utilización de expresiones en singular que, sin embargo, hacen referencia a una pluralidad de supuestos, como sucede, sin salir del campo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por ejemplo con las expresiones "empresa" artículo 16.1 c), 17.a), 17 d), 17 e), 18 b), ...) "empresario" (artículos 16.1, 16.2, 17, 17 a), 17 c), 18 f) 19 g), ...) y "adjudicatario" (artículos 11.2 b), 36.3, 37.1, 37.2....) que evidentemente hacen referencia, a efectos de su aplicación, a "empresas", "empresarios" y "adjudicatarios".

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la expresión "factura correspondiente" utilizada por el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no excluye la posibilidad de que existan diversas facturas en los contratos menores cuando expresamente se hayan pactado abonos a cuenta, atendiendo fundamentalmente al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.

Informe 52/97, de 2 de marzo de 1998. Varios. "Necesidad de autorización ministerial a un organismo autónomo para aprobar la modificación y ampliación prevista en el pliego y en el contrato cuando este ha sido adjudicado por lotes y en la licitación conjunta de estos se supera el importe a que hace referencia el artículo 12.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

ANTECEDENTES

1. Por el Director General del Instituto Social de la Marina, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se dirige a esta Junta Consultiva el siguiente escrito:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, "los representantes legales de los Organismos autónomos y demás Entidades públicas estatales y los Directores Generales de las distintas Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, son los Órganos de Contratación de unos y otros, pudiendo fijar los titulares de los Departamentos Ministeriales a que se hallen adscritos la cuantía a partir de la cual será necesaria la autorización para la celebración de los contratos".

A este respecto, la disposición transitoria de esta misma Ley, establece que "hasta el momento en que los titulares de los Departamentos Ministeriales fijen la cuantía para la autorización establecida en el segundo párrafo del artículo 12.1, será de aplicación la cantidad de 150.000.000 de pesetas".

Parece evidente, a tenor de las normas legales descritas, que todo expediente a adjudicar por este Instituto, cuya cuantía inicial o presupuesto máximo de licitación exceda de 150.000.000, ptas, requiere la previa autorización ministerial en ellas reflejada, facultad que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la O.M. de 21 de Mayo de 1.996 (BOE de 27 de mayo), se encuentra delegada en el Subsecretario de Trabajo y Asuntos Sociales.

No resultan tan diáfanas, sin embargo, a juicio de esta Dirección General, las actuaciones a seguir, y principalmente la decisión de solicitar o no autorización ministerial, en el caso que a continuación se describe.

Un expediente de servicios (realización de cursos de seguridad marítima), con un solo Pliego de cláusulas por lo tanto, distribuido en varios lotes (en función de las diversas zonas geográficas donde impartir los cursos), cuyo presupuesto máximo de licitación no excede inicialmente de 150 millones de pesetas, y en consecuencia, respecto del que no resulta precisa ninguna autorización ministerial previa.

Este expediente, se adjudica a varios licitadores, en función de las zonas definidas en el Concurso, de tal forma que genera la celebración específica de 5 contratos con 5 empresas diferentes, y cuyo importe total es muy inferior a los 150 millones descritos (121.391.490 para ser exactos).

En el transcurso de su ejecución, sin embargo, se plantea una ampliación en el número de cursos a celebrar (ampliación prevista en el Pliego único y en la cláusula sexta de cada contrato celebrado) que genera, de aprobarse, un

incremento en el importe a abonar a las empresas adjudicatarias, de tal forma que la cuantía total del expediente excede de 150 millones.

En concreto, el coste total de esta modificación, que asciende a 41.089.345. -ptas. eleva el importe del expediente inicialmente tramitado a la cantidad de 162.480.835, -ptas de presupuesto de adjudicación. En ningún caso, no obstante, el importe individual de cada contrato, incluida su ampliación, excede de 150 millones de pesetas.

En esta circunstancia, se plantea si resulta o no preciso solicitar autorización ministerial para aprobar la modificación y ampliación propuesta, en base a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la disposición transitoria tercera de la referida Ley.

Cuestión que se eleva a esa Junta Consultiva, con objeto de recabar la interpretación que a este respecto le merezca.

Se acompaña, para una mejor comprensión, copia del Pliego de cláusulas que rigió la licitación de este expediente, de la adjudicación y de uno de los contratos formalizados."

2. Conforme se indica en el escrito anterior se acompañan al mismo el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir el concurso (procedimiento abierto) convocado para adjudicar los servicios para impartir formación en seguridad marítima durante el año 1997 y fotocopia del documento de formalización de uno de los contratos adjudicados. De esta documentación, a efectos del presente informe, interesa destacar los siguientes aspectos:
a) En la cláusula quinta del pliego de cláusulas administrativas particulares, apartado 5.1 se consigna que "si las disponibilidades presupuestarias lo permiten y las necesidades de programación de estas enseñanzas fueran superiores a los alumnos incluidos en estos contratos se podrá pactar la ampliación de los mismos en las fechas que de común se acuerden, obligándose la empresa a respetar los precios ofertados para este concurso dentro del plazo de ejecución del mismo.
b) La cláusula sexta del documento de formalización remitido reproduce literalmente la transcrita cláusula del pliego sustituyendo las expresiones "estos contratos", "de los mismos" y "este concurso" por los de "este contrato", "del mismo" y "este contrato".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente, como claramente se consigna en el escrito de consulta, no es la de determinar la necesidad o no de autorización ministerial para la celebración de un contrato por el Instituto Social de la Marina, cuestión que al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.1 y disposición transitoria tercera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , puede ser resuelta sin ninguna dificultad en el sentido de que, a partir de 150.000.000 de pesetas, resulta preceptiva tal autorización. La consulta se centra, por el contrario, en el extremo concreto de si resulta preceptiva la autorización ministerial cuando, convocado un contrato por importe total inferior a 150.000.000 de pesetas y adjudicado a diversas empresas por lotes en función de las diversas zonas geográficas, siendo obviamente el importe de cada lote inferior a la cifra reseñada, se produce la ampliación del objeto del contrato, prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el documento de formalización del contrato que determina que la cuantía total de los lotes, no la individual de cada lote, supere la indicada cifra de 150.000.000 de pesetas.

2. Un primer argumento que puede esgrimirse para mantener una solución negativa debe partir de la consideración de los dos supuestos en que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece autorizaciones para la celebración de contratos que establecen dicha autorización para la celebración o adjudicación, sin que pueda extenderse a actos distintos y posteriores a la adjudicación, como pueden ser la modificación o resolución del contrato, a menos que la propia Ley lo establezca.
El primer supuesto es el de la autorización del Consejo de Ministros para la celebración de contratos de cuantía igual o superior a 2.000.000.000 de pesetas o de contratos de carácter plurianual, cuando se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades legalmente previsto a que se refiere el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria. En este supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , la autorización del Consejo de Ministros se produce con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación y no se extiende a la modificación posterior ni a la resolución salvo en el caso expresamente contemplado en el párrafo cuarto del citado artículo 12.1 de que se trate de modificaciones que sean causa de resolución o de la resolución misma, cuando el Consejo de Ministros haya autorizado, con el carácter previo exigido, la propia celebración del contrato.
El segundo supuesto que procede contemplar es el del propio artículo 12.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se refiere a los contratos de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en los que se exige autorización de los titulares de los Departamentos ministeriales a que se hallen adscritas cuando excedan de la cuantía fijada por los mismos o de 150.000.000 de pesetas cuando no hayan procedido a realizar esta fijación, según la disposición transitoria tercera de la Ley. En este segundo supuesto, a diferencia del anterior, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no incluye la necesidad de autorización para modificaciones y para la resolución posterior, ni siquiera cuando el titular del Departamento ministerial haya autorizado la celebración del contrato y se produzca una modificación que sea causa de resolución o la resolución misma.
Como resumen de este apartado ha de afirmarse que el sistema de autorizaciones en materia de contratos, como toda restricción a la autonomía contractual de los órganos de contratación, ha de ser interpretada con criterios estrictos y, en consecuencia admitir la necesidad de autorización solo en los casos expresamente establecidos en la Ley, que, para los contratos celebrados por Organismos autónomos, se refieren sólo a la celebración de contratos que excedan de determinada cuantía (en este caso, 150.000.000 de pesetas) sin que la autorización sea exigible para modificaciones o para la resolución del contrato, sin perjuicio, como es obvio, de que para llevar a cabo modificaciones o proceder a la resolución del contrato se observe el régimen jurídico y los límites que, para tales supuestos, establece la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que en ningún caso se refiere a la necesidad de autorización.

3. Como en el escrito de consulta se hacen determinadas consideraciones sobre la cuantía de las modificaciones, total o parciales, hay que sostener, a mayor abundamiento que las circunstancias concurrentes en el caso que examinamos vendrían a confirmar la conclusión negativa del apartado anterior en orden a la no necesidad de autorización para la modificación prevista del contrato.
Así debe observarse que se trata de un contrato adjudicado por lotes, cuya cuantía inicial total no excede de la cifra de 150.000.000 de pesetas a partir de la cual es necesaria la autorización del titular del Departamento ministerial para su celebración y, si bien, antes de la adjudicación puede hablarse de un único contrato con un solo pliego, cuya cuantía total ha de tenerse en cuenta a efectos del procedimiento de adjudicación y de las autorizaciones pertinentes, una vez adjudicado el contrato único,

aunque en diversos lotes, el contrato único se descompone en tantos contratos individualizados, como lotes hayan sido adjudicados, siendo la individualidad del lote la que se tiene en cuenta respecto a la cuantía de las garantías exigibles, a la necesidad de formalización, a la exigencia de solvencia y, en su caso, de clasificación y, en definitiva a la ejecución, modificación y extinción de cada uno de los contratos celebrados. Piénsese, por ejemplo, que el incumplimiento de una de las empresas adjudicataria de un lote no puede dar lugar a la resolución de los contratos celebrados con otras empresas adjudicatarias de lotes distintos.

Si lo anterior es así, en materia de autorizaciones para modificaciones posteriores hay que seguir sosteniendo la individualidad de cada lote adjudicado, resultando que, si se admitiera, a efectos dialécticos, la necesidad de autorización para modificaciones posteriores a la celebración del contrato, resultaría, además, que la cuantía de la modificación de cada lote no superaría la cifra de 150.000.000 de pesetas, por lo que, por esta circunstancia y por la de no haber sido autorizada inicialmente la celebración del contrato, habría que descartar la necesidad de autorización ministerial para la modificación.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, convocado un concurso por el Instituto Social de la Marina de cuantía total inferior a 150.000.000 de pesetas, no resulta preceptiva la autorización ministerial prevista en el artículo 12.1 en relación con la disposición transitoria tercera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para las ampliaciones previstas en el pliego y en cada uno de los contratos formalizados por cada lote adjudicado.

Informe 53/97, de 2 de marzo de 1998. Conceptos generales. "Los criterios objetivos de valoración de las ofertas y su distinción de los medios en virtud de los cuales se determina la solvencia de las empresas. El criterio objetivo de la calidad".

ANTECEDENTES

Por el Consejero de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige el siguiente escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

"El artículo 76 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, establece como formas de adjudicación de los contratos tanto la subasta como el concurso, si bien en el expediente deberá justificarse el procedimiento y forma elegidos.

Por su parte, el artículo 87 del referido texto legal indica que en el supuesto de optar por el concurso, deberán establecerse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares, 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, asistencia técnica, servicio postventa u otras semejantes.

En relación al criterio de "calidad" citado, por esta Consejería se considera conveniente incluir en los Pliegos de Cláusulas rectores de sus contrataciones los siguientes aspectos a valorar:

- Los niveles de calidad obtenidos por las empresas en prestaciones semejantes a la del objeto del contrato, de forma que se garantice de manera clara no sólo que éstas son aptas para ser admitidas a la licitación y que poseen la solvencia necesaria para acceder a ella, sino que por los resultados obtenidos en situaciones similares, equipo técnico, tecnologías con que cuentan, etc..., están mejor o pero preparadas para lograr el buen fin que se persigue con la ejecución del contrato.

Dicha circunstancia sería acreditada por cada licitador mediante la aportación de los certificados emitidos por las personas o instituciones contratantes, reservándose este órgano la facultad de comprobar e inspeccionar el contenido de los mismos para su posterior valoración.

- El posible control de calidad a efectuar en cuanto a los materiales y medios empleados, que permitiría dentro de los márgenes ofrecidos, realizar las comprobaciones pertinentes que contribuyeran a asegurar la buena ejecución del contrato.

La posibilidad de contemplar el criterio de la "calidad" en estas dos vertientes favorecería en gran medida el buen resultado de las adjudicaciones que se realizarán, asegurando la seriedad y fiabilidad del contratista seleccionado.

Por ello, se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, en virtud de los dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, regulador del régimen orgánico y funcional de la misma, emita informe sobre la posibilidad jurídica de utilizar el mencionado criterio y, por tanto, de incluirlo en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión concreta que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si, al amparo de lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede utilizarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como criterio de adjudicación de los contratos, el de la calidad, configurado en la doble vertiente de los niveles de calidad obtenidos por las empresas en prestaciones semejantes a la del objeto del contrato acreditado por certificados emitidos de las personas e instituciones contratantes y del posible control de calidad a efectuar en cuanto a los materiales y medios empleados, con lo que la cuestión suscitada viene a plantear el problema de los criterios de adjudicación del concurso y su diferenciación de los criterios de admisión de licitadores plasmados éstos últimos en los requisitos de solvencia técnica y profesional para los distintos contratos.

2. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo fielmente el criterio de las Directivas comunitarias, distingue entre los requisitos de solvencia que han de reunir los empresarios para concurrir a contratos convocados por la Administración (artículos 16 a 19) y los criterios que para la adjudicación de los contratos han de utilizar los órganos de contratación, bien el precio más bajo en la subasta (artículo 75.2) bien otros criterios enumerados en el artículo 87 para los supuestos de adjudicación por concurso.

Esta diferenciación es la que ha servido de base a la Comisión Europea para poner de relieve en determinados expedientes de infracción instruidos a órganos de contratación españoles que los requisitos establecidos en las Directivas, y por tanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como criterios de admisión de licitadores no pueden ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa en el caso del concurso, refiriéndose expresamente a la experiencia que figurando como requisito de solvencia en los artículos 17, apartados a) y b), 18 a) y 19 b), no puede utilizarse como uno de los criterios de adjudicación del concurso.

Esta tesis compartida por esta Junta Consultiva obliga a examinar si la calidad ha de admitirse como requisito de solvencia o, por el contrario, puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso y, en este último caso, en qué condiciones.

3. A diferencia de lo que ocurre con el criterio de la experiencia que, como hemos visto aparece regulado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como requisito de solvencia de los empresarios, la calidad figura expresamente enumerada en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como uno de los criterios que han de servir de base a la adjudicación en el concurso, junto con el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Por el contrario en los requisitos de solvencia, la Ley no se refiere directamente a la calidad sino a las medidas empleadas para asegurar la calidad (artículo 18, apartado b), a los técnicos o unidades técnicas encargados del control de calidad (artículo 18, apartado c), a certificaciones de institutos o servicios oficiales u homologados encargados del control de calidad que acrediten la conformidad de artículos identificados como referencia a ciertas especificaciones o normas (artículo 18, apartado e), a control.... sobre las medidas empleadas para controlar la calidad (artículo 18, apartado f), a equipo técnico y unidades técnicas responsables del control de calidad (artículo 19, apartado c), a una declaración de las medidas para controlar la calidad (artículo 19, apartado f) y a un control..... sobre las medidas de control de calidad (artículo 19, apartado g).

Del examen de los preceptos reseñados de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se deduce una primera conclusión consistente en que la calidad puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso por estar enumerada en el artículo 87 de la Ley, sin que la calidad misma pueda establecerse como requisito de solvencia al amparo de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la

Ley, ya que estos últimos se refieren a los medios y medidas de asegurar y controlar la calidad.

4. Lo hasta aquí expuesto debe completarse con ciertas observaciones relativas a la doble vertiente en que, según el escrito de consulta, pretende configurarse en los pliegos el criterio de la calidad para la adjudicación del contrato, pues si bien no suscita dificultades la de control de calidad de los materiales y medios empleados, si puede presentarlas la modalidad de acreditar por certificados emitidos por personas o instituciones contratantes con anterioridad los niveles de calidad obtenidos por las empresas en prestaciones semejantes a la del objeto del contrato.

A esta última modalidad, aparte de presentar el inconveniente de dejar en manos de personas e instituciones contratantes anteriores la apreciación del cumplimiento del criterio de calidad exigido, se le puede poner la objeción fundamental de que, tal como está concebida equivale al requisito de solvencia previsto en el artículo 17, apartado b) (relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, acompañadas de certificados de buena ejecución para las más importantes), en el artículo 18, apartado a) (relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fechas y destino público o privado, a las que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos) y en el artículo 19, apartado b) (relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos y privados de los mismos). Con ello, por el artificio de mencionar tal criterio como el de calidad, se estaría utilizando el criterio de la experiencia configurado en las Directivas comunitarias y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como requisito de admisión o de solvencia y, por tanto, no utilizable como criterio de adjudicación del concurso.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la calidad, enumerada en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como uno de los criterios de adjudicación del concurso, puede figurar como tal en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a no ser que con el término calidad se esté aludiendo a otro requisito distinto, en particular la experiencia, configurado como requisito de solvencia en los artículos 17, 18 y 19 de la propia Ley.

Informe 54/97, de 2 de marzo de 1998. Varios. "Necesidad de inscripción de escritura pública de poderes para actos concretos en el Registro Mercantil".

ANTECEDENTES.

1. Por la Directora General de Presupuestos e Inversiones del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, se remite a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"La Subdirección General de Obras, Instalaciones y Suministros de esta Dirección General remite a la Asesoría Jurídica para la inscripción en el Registro de proveedores del INSALUD, escritura de poder otorgada por la empresa A.V. QUIRÚRGICA, S.A. el 20 de junio de 1997.*
>
> *La Asesoría Jurídica en informe cuya copia se acompaña considera que no procede la inscripción en el Registro del INSALUD, por no estar la escritura citada en el Registro Mercantil y no compartir el criterio del notario, que señala en el texto de la escritura "el presente poder no está sujeto a inscripción en el registro Mercantil por tratarse de un poder especial para actos concretos, al amparo del art. 94.5 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por RD 1597/89 de 27 de diciembre".*
>
> *Entiende la Asesoría Jurídica, que el poder conferido se trata de un poder general para ejercitar las facultades que en materia de contratación corresponden al Director General de la empresa, siendo en consecuencia necesaria su inscripción en el registro Mercantil tal y como requieren el art. 94.5 del RD 1784/96 de 19 de julio del Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento de Contratos del Estado.*
>
> *Sugiere la Asesoría Jurídica se solicite informe a la Junta Consultiva sobre este extremo por lo que a tenor de lo establecido en el artículo 17 último párrafo del RD 30/1991 de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la Dirección General de Presupuestos e Inversiones se dirige a esa Secretaría."*

2. Al escrito anterior se acompaña informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD de fecha 28 de octubre de 1997, en el que después de indicar que se reitera lo ya informado en fecha 7 de mayo de 1997, se afirma no compartir el criterio del Notario autorizante, por no tratarse de un poder para actos concretos de no ser inscribible en el Registro Mercantil la escritura de poder presentada, terminando por sugerir, ante la reiteración del tema, consultar a la Dirección General de los Registros y del Notariado, si en estos casos es necesaria la inscripción registral o a la Junta Consultiva de Contratación administrativa. A dicho informe se acompaña fotocopia del testimonio notarial de la escritura de poder otorgada el 20 de junio de 1997 por la Sociedad "A.V. QUIRÚRGICA, S.A.".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La primera observación que hay que realizar en relación con la cuestión que se suscita en el presente expediente es la de que se trata de una cuestión ajena a la contratación administrativa, al dilucidarse si es o no obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de una determinada escritura de apoderamiento, cuestión que, por otra parte, aparece resuelta en sentido afirmativo en los informes de la Asesoría Jurídica del INSALUD de fecha 7 de mayo y 28 de octubre de 1997, afirmándose en este último, cuya copia ha sido remitida a la esta Junta, que la Asesoría Jurídica no

comparte la interpretación del Notario autorizante de la escritura de que "el presente poder no está sujeto a inscripción en el Registro Mercantil por tratarse de un poder especial para actos concretos", manifestación que, pese a lo que se manifiesta en el informe remitido no figura en el testimonio notarial de la escritura de apoderamiento, cuya fotocopia ha sigo igualmente remitida.

2. Cualquiera que fuese el pronunciamiento de esta Junta sobre el alcance del artículo 94.5 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en relación con la obligatoriedad de inscripción de poderes en el Registro Mercantil, es evidente que no tendrá virtualidad para resolver la discrepancia suscitada, al parecer, entre el Notario autorizante de la escritura y la Asesoría Jurídica del INSALUD, puesto que si la cuestión se suscita como requisito para el acceso al Registro de proveedores del INSALUD, cuyas normas se desconocen, el bastanteo de los poderes presentados a dicho Registro correspondería a la Asesoría Jurídica del INSALUD, cuyo criterio ya ha sido puesto de manifiesto en sus informes y si se suscita como verdadera discrepancia entre la Asesoría y el Notario autorizante habría de ser resuelta, bien mediante consulta a la Dirección General de Registros y del Notariado, lo que apunta en primer lugar el informe de la Asesoría Jurídica de 28 de octubre de 1997, bien provocando los oportunos asientos registrales utilizando, en su caso, los pertinentes recursos contra la calificación registral.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no procede realizar pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo suscitada, al tratarse de una cuestión ajena a la contratación administrativa y que, en su caso, habrá de ser resuelta por cauces distintos al que supone el informe de la Junta Consultiva.

Informe 57/97, de 2 de marzo de 1998. Varios. "Consulta en relación a quien debe autorizar con su firma la formalización de un contrato de préstamo en un Ayuntamiento".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde accidental del Ayuntamiento de Ferrol (La Coruña) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la siguiente consulta:

> *"Esta Corporación, con la finalidad de racionalizar sus recursos económicos, pretende refinanciar toda la deuda pendiente al día de la fecha con la entidad financiera "Caixa de Ahorros de Galicia", por un importe de 1.057.000.000 ptas. y como lógicamente esta Corporación pretende minorar en todo lo posible los costes de la citada operación, evitando la intervención de todas aquellas personas cuya presencia en el acto no sea obligatoria y, como han surgido dudas con respecto a las personas que además del Alcalde y el representante legal de la antedicha entidad financiera deben autorizar con su firma la formalización del pertinente contrato, se pregunta:*
>
> > *¿Puede únicamente el Secretario General de esta Corporación autorizar con su firma la formalización del contrato de préstamo a que antes se ha hecho referencia o, por el contrario, sería necesaria la intervención de un notario o un corredor de comercio?."*

Se plantea en el escrito de consulta del Alcalde accidental del Ayuntamiento de Ferrol una serie de cuestiones ajenas la contratación administrativa y que, ordenando los confusos términos en que aparece redactado el citado escrito, parecen referirse a la necesidad o no de que el Secretario autorice con su firma la formalización del pertinente contrato de refinanciación de la deuda con la Caja de Ahorros de Galicia y a la necesaria intervención de notario o corredor de comercio en la misma operación.

La afirmación realizada de tratarse de cuestiones ajenas a la contratación administrativa deriva de la circunstancia de que el artículo 148 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social da nueva redacción al artículo 3, apartado uno, letra k) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, a partir de su entrada en vigor quedan excluidos de su aplicación "los contratos 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 u otras de naturaleza".

Con ello se quiere decir que a estos contratos no les resulta de aplicación el artículo 55 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que impone la formalización en documento administrativo y, por tanto, que la formalización de este contrato es una cuestión a resolver entre la Caja de Ahorros de Galicia y el Ayuntamiento consultante, en la que, con toda seguridad, será decisivo el criterio de la Caja de Ahorros de Galicia como entidad acreedora a la devolución de las cantidades prestadas al Ayuntamiento, criterio que asimismo será decisivo al imponer o no la intervención no preceptiva de notario o corredor de comercio.

Informe 9/97, de 20 de marzo de 1997. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades. Caracteristicas de la exigencia del Impuesto de Actividades Económicas al efecto de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Medio Ambiente se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"*Al amparo de los Artículos 10 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación, se solicita por este Organismo informe sobre la siguiente cuestión:*

El Artículo 9 del Real Decreto 390/1996 de 1 de Marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995 de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que la circunstancia 7.1.a) de dicho Real Decreto ("Estar dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, cuando ejerzan actividades sujetas a dicho impuesto"), se efectuará mediante la presentación del alta y, en su caso, del último recibo del Impuesto de Actividades Económicas, en relación con lo cual surgen las siguientes dudas objeto de consulta:

1) Si en el caso de que se trate de una obra a efectuar fuera del Término Municipal de donde una empresa tenga su domicilio social, le sería exigible por la Mesa de Contratación, que aportase entre la documentación administrativa previa a la apertura de la oferta económica, el alta y último recibo del lugar donde se va a efectuar la obra, de conformidad con la Regla 5ª; del Real Decreto Ley de 28 de Septiembre de 1990 referente al Impuesto de Actividades Económicas.

2) Si sería suficiente que a efectos de admisión de las proposiciones, la empresa incorporarse una declaración jurada expresando que en el caso de que resulte adjudicataria se daría de alta en el mencionado Impuesto para efectuar la actividad en dicho territorio.

3) Si además de exigirse el alta y último recibo en el Impuesto de Actividades Económicas del lugar donde se va a efectuar la obra debe exigirse en todo caso el alta y último recibo del lugar donde tenga el domicilio social la empresa.

4) Si en el caso de expedientes cuyo objeto sean consultorías, asistencias y servicios o suministros debe adoptarse el mismo criterio que para los expedientes de obras."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para poder resolver las cuestiones planteadas en el escrito de consulta, todas ellas centradas en la aplicación de la exigencia del Impuesto sobre Actividades Económicas en la contratación de las Administraciones Públicas, como requisito integrante del de estar al corriente de las obligaciones tributarias a que se refieren los artículos 20.f) y 80.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y los artículos 7, 9 y 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de mayo, de desarrollo parcial de la misma, conviene hacer algunas consideraciones previas sobre el cumplimiento de tal requisito

que puedan servir de fundamento a las soluciones concretas que posteriormente se sostengan.

2. El requisito negativo para contratar con las Administraciones Públicas que establece el artículo 20.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que no podrán contratar con dichas Administraciones quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y lo mismo puede decirse en relación con las obligaciones de Seguridad Social, aunque este último extremo no es objeto de consulta, no es un requisito inherente a la contratación administrativa, sino que, como en numerosos supuestos de prohibiciones de contratar que contempla el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se desenvuelve en sectores distintos del ordenamiento jurídico, en este caso del fiscal o tributario, por lo que se impone la doble consecuencia de que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no contiene, ni podía contener, una regulación de la materia impositiva o tributaria y de que los órganos de contratación no son los encargados de velar por el cumplimiento de los requisitos fiscales de los licitadores, sino que se limitan a ejercer un control méramente formal del cumplimiento de los mismos en la fase de adjudicación del contrato.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que la prescripción legal ha de tener necesariamente un desarrollo reglamentario para su posible aplicación, constituido por los artículos 7, 9 y 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la profunda modificación que el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha supuesto en relación con la legislación anterior en cuanto este último, en su apartado 2.e) determina que las proposiciones de los interesados deberán ir acompañados por los documentos que acrediten hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias, en tanto que el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado, hoy sustituido por los artículos 7, 9 y 19 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, se limitaba a exigir a todos los licitadores una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos tributarios y sólo al adjudicatario provisional, en la subasta, y a los que a juicio del órgano de contratación pudieran resultar adjudicatarios, en los concursos, se les requería para la presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de estos requisitos.

Todas estas circunstancias determinan que cuando el artículo 7 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, preceptúa que se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurra, entre otras, la circunstancia de estar dadas de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, cuando ejerzan actividades sujetas a dicho impuesto y el artículo 9 del mismo Real Decreto que esta circunstancia se acreditará mediante la presentación del alta y, en su caso, del último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas, resulta indudable que no puede tomar en consideración el lugar donde se va a ejecutar la obra, porque ello supondría, de un lado, la regulación por la legislación de contratos administrativos del cumplimiento de un requisito fiscal, de otro lado, porque la circunstancia de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias viene referida en la legislación vigente al momento de presentación de proposiciones en el que no cabe hablar de futuras actividades potenciales como hecho imponible que motiva el devengo del impuesto y, por último, y enlazando con lo anterior, porque la exigencia afectaría a un número plural de licitadores, de los cuales sólo uno va a resultar adjudicatario del contrato y obligado, en su caso, a darse de alta en el Impuesto en el lugar en que se va a ejecutar la obra.

3. Las consideraciones efectuadas permiten, dar soluciones a las cuestiones concretas suscitadas en el escrito del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo.

En primer lugar, como ya hemos anticipado resulta improcedente la exigencia del Impuesto de Actividades Económicas correspondiente al lugar en que se va a ejecutar la obra y lo que deben acreditar los licitadores es el alta y, en su caso, el último recibo

del Impuesto en el lugar en que, en el momento de presentación de proposiciones hayan ejercido actividades según resulta de la regla quinta de la Instrucción del Impuesto incorporada al Anexo II del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre. En este mismo sentido se ha pronunciado el reciente informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 17 de marzo de 1997.

Con independencia de lo anterior, debe señalarse que la solución propugnada en el apartado 2 del escrito de consulta de "si sería suficiente que a efectos de admisión de las proposiciones la empresa incorporase una declaración jurada expresando que en el caso de que resulte adjudicataria se daría de alta en el mencionado Impuesto para efectuar la actividad en dicho territorio" debe quedar descartada por no ajustarse a la regulación de la contratación administrativa y de la forma de acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, pues el pago del Impuesto por la actividad en el lugar que se va a ejecutar la obra escapa ya de la fase de adjudicación del contrato y deberá cumplirse con sujeción a las normas generales reguladoras del Impuesto, sin que corresponda a los órganos de contratación velar por el cumplimiento de esta obligación, una vez adjudicado el contrato.

También deben considerarse resueltas con lo hasta aquí razonado las cuestiones suscitadas en los apartados 3 y 4 del escrito de consulta ya que, según la regla quinta de la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, tratándose de obras, el lugar no se liga nunca al domicilio social de la empresa y en cuanto a los contratos de consultorías, asistencias y servicios o suministros son aplicables los razonamientos anteriores, con las adaptaciones pertinentes dada la especial naturaleza de cada uno de los contratos reseñados.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los licitadores en un contrato de obras no se les puede exigir que acrediten el alta y, en su caso, el último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas correspondiente al lugar de ejecución de la obra, sino que habrán de acreditar estar al corriente en el citado Impuesto por las actividades ya realizadas en el momento de presentar sus proposiciones, debiendo mantenerse idéntico criterio en relación con los contratos de suministro y de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales con las adaptaciones derivadas de la especial naturaleza de estos tipos de contratos.

Informe 1/98, de 30 de enero de 1998. "Naturaleza y régimen jurídico de los contratos que tienen por objeto la adquisición de inmuebles sitos en territorio extranjero y el arrendamiento financiero de los mismos para sede de representaciones diplomáticas y consulares integrantes de la Administración General del Estado en el exterior".

ANTECEDENTES.

1. Por el Director General del Patrimonio del Estado se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Al objeto de que por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se emita informe, se adjunta el "Pliego de cláusulas administrativas particulares que regirá el arrendamiento financiero de inmuebles sitos en territorio extranjero para sede de representaciones diplomáticas y consulares integrantes de la Administración General del Estado en el exterior".*
>
> *Por si pudieran servir de antecedentes, se adjunta un informe elaborado por esta Dirección General con fecha 30 de octubre de 1997, así como otro complementario al anterior de 16 de diciembre de 1997. Se adjunta igualmente copia de un informe emitido sobre dicho pliego por la Intervención General de la Administración del Estado con fecha 17 de diciembre de 1997."*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo la siguiente documentación:

a) El denominado "pliego de cláusulas administrativas particulares que regirá el arrendamiento financiero de inmuebles sitos en territorio extranjero para sede de representaciones diplomáticas y consulares integrantes de la Administración General del Estado en el exterior". De dicho pliego, a efectos del presente informe interesa destacar las dos primeras cláusulas en cuanto la primera, bajo la rúbrica de objeto del contrato, señala que "constituye el objeto del contrato el arrendamiento financiero de bienes inmuebles en territorio extranjero adecuados para la instalación y funcionamiento de Representaciones Diplomáticas y Consulares integrantes de la Administración General del Estado en el exterior, cuya ubicación y características se recogen en el Anexo n? 1 del presente Pliego" y la segunda, bajo la rúbrica de legislación aplicable, indica que "el contrato se regirá por la Ley de Patrimonio del Estado (LPE) aprobada por Decreto 1022/64, de 15 de abril, su Reglamento de 5 de febrero de 1964 y de modo particular por el Decreto 2926/65, de 23 de enero de 1965 relativo al régimen de los bienes del Estado español en el extranjero, añadiendo la misma cláusula que supletoriamente, en lo referente a la preparación y adjudicación será de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y, en sus efectos y extinción, las correspondientes normas de derecho privado".

b) Informes de la Dirección General del Patrimonio del Estado sobre el pliego anterior. El primero, fechado el 30 de octubre de 1997, después de señalar que el objeto del contrato, pese a la dicción de su cláusula primera, no es el arrendamiento financiero, afirma que se confunden dos figuras distintas como son, de un lado, la selección, por concurso público, de una Entidad que habrá de convertirse en los siguientes cinco años en adjudicataria única de los contratos de arrendamiento financiero, que el Ministerio quiera efectuar y, de otro, los sucesivos contratos de arrendamiento financiero que se regirán por la Ley de Patrimonio del Estado. La primera figura difícilmente es encajable en alguno de los supuestos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que podría definirse como "la prestación de un

servicio de financiación, bajo la modalidad de arrendamiento financiero" contrato al que, a falta de normas específicas, se le aplicarían los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, especialmente, por analogía, los relativos a contratos de servicios, regulados en el artículo 197 y siguientes.

El segundo informe de la Dirección General del Patrimonio del Estado, fechado el 16 de diciembre de 1997 y que expresamente se considera complementario del anterior viene a establecer que las características del contrato que se pretende mediante el citado pliego harían posible su calificación como contrato privado de la Administración entendiendo, no obstante que, cualquiera que sea el enfoque y encaje jurídico que finalmente se de a la operación, la misma tiene una premisa previa de carácter económico presupuestario que puede condicionar no sólo la viabilidad jurídica de la operación, sino incluso la fórmula jurídica por la que formalmente se haya de enfocar la misma, por lo que concluye que, antes de dar encaje a la operación en una fórmula jurídica concreta de las anteriormente reseñadas, se requiere la aprobación de un plan y calendario de previsiones presupuestarias que enmarquen la operación desde un punto de vista económico-presupuestario.

c) Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, fechado el 17 de diciembre de 1997, en el que, después de exponer que a su juicio el pliego no se refiere a un contrato de arrendamiento financiero, sino a una relación que podría configurarse como "contrato de servicios financieros" recogidos en la categoría 6 del artículo 207 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al amparo del artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE, indica que sería conveniente que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronunciase sobre este extremo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de emitir informe sobre la cuestión suscitada por la Dirección General del Patrimonio del Estado, en relación con el contrato a celebrar por el Ministerio de Asuntos Exteriores para el arrendamiento financiero de bienes inmuebles sitos en territorio extranjero para la instalación y funcionamiento de Representaciones Diplomáticas y Consulares, conviene centrar el objeto del informe, pues es evidente que en el expediente se plantean cuestiones ajenas a la competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En primer lugar se observa que se remite para informe un pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de un contrato elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y, a este respecto, hay que señalar que el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece como preceptivo el informe previo del servicio jurídico correspondiente para la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, sin que este informe preceptivo y previo pueda ser sustituido por el de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa como expresamente lo ha declarado la propia Junta en su informe de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 62/96).

En consecuencia el informe de esta Junta en el presente caso no debe extenderse a las distintas cláusulas del pliego remitido, sobre las que deberá informar preceptivamente el Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores, limitándose a informar las cláusulas 1 y 2 en cuanto definen el objeto del contrato y la legislación aplicable.

En segundo lugar, como ha destacado la Dirección General del Patrimonio del Estado, sobre todo en el informe calificado de complementario y fechado el 16 de diciembre de 1997, cualquiera que sea el enfoque y encaje jurídico de la operación, la misma tiene una premisa previa de carácter económico presupuestario, que puede condicionar la viabilidad jurídica de la operación y la fórmula jurídica de enfocar la misma sugiriendo la previa aprobación de un plan y calendario de previsiones presupuestarias. Compartiendo este criterio de la Dirección General del Patrimonio del Estado, esta Junta Consultiva ha de destacar que su informe no debe ni puede extenderse a los

aspectos económico presupuestarios de la operación proyectada, sino que debe limitarse al aspecto más concreto de la naturaleza contractual de la misma y de la legislación aplicable, extremos que deben constituir el objeto del informe solicitado.

2. Delimitado el objeto de este informe en los términos expuestos existe una primera conclusión negativa en la que esta Junta coincide con los informes de la Dirección General del Patrimonio del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado y que consiste en que el supuesto de hecho contemplado no puede ser calificado de arrendamiento financiero, posibilidad prevista en el artículo 86 de la Ley de Patrimonio del Estado, en la redacción dada al mismo por el artículo 142 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Efectivamente no se trata de la celebración de uno o varios contratos de arrendamiento financiero, cuyo régimen jurídico no plantearía problema alguno en orden a su determinación, sino que la prestación objeto del contrato consiste en seleccionar un contratista que proceda a la adquisición de determinados inmuebles y a celebrar contratos de arrendamiento financiero con la Administración, con lo que el arrendamiento financiero no es el objeto directo del contrato sino la consecuencia de la actividad desarrollada por el contratista adjudicatario que, como objeto del contrato que se pretende celebrar, es la que resulta necesario calificar.

Para descartar la tesis del arrendamiento financiero, a pesar de la equivocada titulación del pliego y de la defectuosa redacción de la cláusula primera, basta la simple lectura de otras cláusulas del propio pliego en las que se habla de los arrendamientos financieros que se suscriben "en ejecución del presente contrato" (cláusula 4) y se configura la adquisición de inmuebles como la principal actividad que debe desarrollar el adjudicatario (cláusula 5.2) diferenciándola netamente del arrendamiento financiero de los inmuebles adquiridos, aunque éste último contrato está previsto que se celebre simultáneamente a la adquisición (cláusula 5.3). En definitiva, como se señala en el informe de la Dirección General del Patrimonio del Estado ninguno de los elementos del arrendamiento financiero (objeto, precio y plazo de duración) aparecen definidos en los términos necesarios para entender que se configura tal tipo de contrato.

3. Rechazada la caracterización del contrato que pretende celebrar el Ministerio de Asuntos Exteriores como contrato de arrendamiento financiero procede examinar si el mismo ha de ser calificado como contrato de servicios o como contrato privado de la Administración.

Podría sostenerse que el contrato que se examina encaja en los contratos de servicios regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas definidos en el artículo 197.3 de la misma y más en concreto en la categoría 6 de las enumeradas en el artículo 207 de la propia Ley que se refiere a la categoría de servicios financieros desdoblada en a) servicios de seguros y b) servicios bancarios y de inversiones. Esta conceptuación del contrato como contrato de servicios sería ajustada a la noción del artículo 1, apartado a), subapartado iii) de la Directiva 92/50/CEE, en cuanto considera contratos de servicios sujetos a la Directiva los contratos de servicios financieros celebrados, bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles. Esta tesis llevaría a la conclusión de que el contrato, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regiría, en todo caso, íntegramente, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, estando el adjudicatario exceptuado del requisito de la clasificación en virtud de la modificación operada en la redacción de su artículo 25 por el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La conclusión sentada llevaría a consecuencias importantes en orden por ejemplo a la posible duración del contrato (no superior a cuatro año con prórrogas hasta seis años, según el artículo 199 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y

a la utilización de las prerrogativas de la Administración (artículo 60 de la propia Ley) entre ellas, la de modificación unilateral del contrato por la propia Administración.

4. No obstante lo anterior, el artículo 5.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, después de caracterizar a los contratos administrativos típicos y especiales, señala en su apartado 3 que 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. A partir de la incorporación del arrendamiento financiero de inmuebles a la Ley del Patrimonio del Estado, el contrato que tiene por objeto la compra o adquisición de bienes inmuebles para, sobre los adquiridos, instrumentar contratos de arrendamiento financiero puede ser incluido entre los negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles a que se refiere el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia afirmar, en tal caso, el carácter privado del contrato que, conforme al artículo 9.1 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según su interpretación más correcta, se regirá, en defecto de normas específicas de la legislación patrimonial, inexistentes para el contrato que se examina, por las propias normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a su preparación y adjudicación y por las normas de derecho privado, en cuanto a sus efectos y extinción.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que son ajenos a su competencia específica los aspectos de carácter económico presupuestario y el clausulado concreto del pliego, por lo que, en este caso concreto, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no debe extenderse a dichos aspectos ni a las cláusulas del pliego remitido, dado que el artículo 50.4 atribuye este último, con carácter preceptivo, al Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

2. Que una operación como la que se pretende celebrar puede articularse configurándola como contrato de servicios de los regulados en el Título IV, del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se regirá íntegramente por la citada Ley, existiendo, no obstante, argumentos para su configuración como contrato de naturaleza privada, lo que determina la aplicación de la citada Ley en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, no en cuanto a sus efectos y extinción.

Informe 6/98, de 2 de marzo de 1998. Régimen de las garantías en los contratos. "Régimen sobre la prestación de garantías por cuenta de sus clientes a favor de la Administración General del Estado y custodiadas por la Caja General de Depósitos prestadas por entidades autorizadas para operar en el ámbito de la Unión Europea".

El Director General del Tesoro y Política Financiera dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

> *"Junto este oficio se envía una copia de un escrito de un abogado de Garrigues & Andersen en el que plantea el cierre de la sucursal en España de Credit Suisse First Boston. Dicha sucursal va a transferir a la sucursal en Londres de la entidad matriz los derechos y obligaciones derivadas de garantías prestadas por cuenta de sus clientes a favor de la Administración General del Estado y custodiadas por la Caja General de Depósitos. Dada la repercusión que puede tener dicho cierre sobre la cuestión de las garantías, en especial, en eventuales requerimientos de pago en vía voluntaria y ejecutiva, se solicita dictamen de esa Junta Consultiva sobre la eficacia de dichas garantías."*

Al escrito acompaña la fotocopia del que cita en el que se indica que la entidad de crédito tiene prestadas distintas garantías por cuenta de sus clientes a favor de beneficiarios españoles de naturaleza privada y pública y que la misma es una entidad debidamente autorizada en el Reino Unido e inscrita en el Registro Mercantil de Londres con los datos que señala, y que consideran que al realizarse las transferencias de las garantías entre sucursales de la misma persona jurídica no presenta inconveniente alguno, en cuanto al amparo de lo establecido en la Ley 3/1994, de 14 de abril, las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán realizar en España, en otras, las actividades de concesión de avales y garantías.

La cuestión planteada por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera carece de transcendencia en la emisión de este dictamen por cuanto es evidente que en tanto la entidad de crédito este autorizada para operar en el ámbito de la Unión Europea no se requiere que se encuentre precisamente instalada en España, y en tal sentido procede la interpretación de los artículos 36.1, apartado b), y 37.1, también apartado b) cuando se refiere al mismo supuesto del artículo anterior, ambos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al determinar que los avales que se constituyan como garantías de los contratos habrán de prestarse por las entidades que cita que estén autorizadas para operar en España, requisito que en este supuesto se cumple de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.

El único requisito que desde el punto de vista formal parece exigible es la notificación singular al órgano depositario de cada una de las garantías prestadas de la transferencia efectuadas entre entidades de la misma entidad instaladas y autorizadas para operar en Estados miembros de la Unión Europea, por así resultar del procedimiento de acreditación de la garantía contenido en los modelos establecidos en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 18.5.

Informe 4/98, de 2 de marzo de 1998. Contratos privados de la Administración. "Utilización de la categoría de contratos menores en los contratos privados para actuaciones musicales y teatrales".

ANTECEDENTES.

Por el Consejero de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Al amparo del art. 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, esta Consejería se dirige a la Junta Consultiva de contratación Administrativa, al objeto de que emita informe sobre el asunto que a continuación se detalla.*
>
> *Dentro del programa de actividades culturales de esta Consejería se vienen programando anualmente actuaciones musicales y teatrales, las cuales se efectúan mediante contratos con artistas, compañías, grupos, tanto directamente como a través de sus representantes.*
>
> *Con fecha 30 de mayo de 1996, esa Junta Consultiva emitió informe, a petición de esta Consejería, relativo al carácter privado de los contratos citados.*
>
> *Por otra parte, el art. 9 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas por la propia Ley de Contratos.*
>
> *En base a lo anterior, la cuestión que se suscita y se eleva a consulta, es si podría aplicarse a los contratos privados que se celebren, lo establecido por el art. 57 de la citada Ley, relativo a contratos menores, de manera que sólo fuera precisa la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente en aquellos supuestos en que la cuantía del contrato no rebasara el límite de dos millones de pesetas, establecido en el art. 202 de la Ley para los contratos de consultoría y asistencia.*
>
> *Por consiguiente, solicito de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se informe sobre la interpretación que, en torno a estos extremos debe darse a la Ley 13/1995, de 18 de mayo."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente -aplicación de las normas sobre contratos menores a los contratos privados de la Administración- es casi idéntica a la que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa aborda en su informe de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 67/96) sobre utilización de las causas del procedimiento negociado en los contratos privados de la Administración y los argumentos entonces utilizados para propugnar una solución positiva pueden ser reiterados en el presente caso.

2. En el citado informe de esta Junta Consultiva se consignaban las siguientes consideraciones:

> *"La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas después de caracterizar a los contratos privados de la Administración en el artículo 5.3 de manera residual como los que no sean contratos administrativos típicos o especiales, citando a título de ejemplo los de compraventa, donación, permuta arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y*

valores negociables, declara que los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación en defecto de normas administrativas especiales, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y que los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso.

Una primera conclusión general debe sentarse, por tanto, en cuanto al régimen jurídico de la preparación y adjudicación de contratos privados de la Administración consistente en afirmar que, en defecto de normas administrativas especiales, existentes en los contratos patrimoniales constituidas por las incluidas en la legislación patrimonial, y en los aspectos no regulados en dichas normas deben aplicarse, por dicción expresa de su artículo 9, los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativos a la preparación y adjudicación de los contratos entre ellos los de utilización de procedimientos abiertos, restringidos y negociados.

Desde un punto de vista sistemático hay que tener en cuenta que los preceptos relativos a la preparación y adjudicación que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene para los contratos por ella regulados, entran en juego, respecto a los contratos privados, por la remisión que realiza el artículo 9 de la Ley y que esta remisión es general e indiscriminada con independencia de la ubicación del precepto en la Ley y del tipo o tipos de contratos a que en concreto se refiera, dado que la mayor parte de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refieren como es lógico a los contratos que la Ley regula -obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales.

Basta por tanto conque un precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiera a la preparación y adjudicación de los contratos -y el procedimiento negociado y las causas de su utilización forman parte evidentemente integrante de la normativa relativa a la adjudicación- para que resulte aplicable a los contratos privados, pues de esta aplicación solo pueden quedar aquellos preceptos de la Ley que de manera tan concreta y específica se refieran solo a determinados contratos, como sucede con el requisito de la clasificación, que resulten inviables no solo para los contratos no regulados en la Ley, sino también para los regulados en que no concurran los requisitos en cada caso establecidos (obras de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas o a 10.000.000 de pesetas, si se trata de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales).

Desde el punto de vista finalista, resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas responde a la idea de que, aunque, por su naturaleza privada, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, ello no obsta para que por el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos, su adjudicación ha de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación, idea que se ve reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE, que, como es sabido obliga a aplicar sus preceptos referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados. Como se ha señalado gráficamente por algún sector doctrinal la sujeción de los contratos privados de la Administración a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es una sujeción de "menor grado" o

"menos intensa" que la de los propios contratos administrativos y siendo esto así debe mantenerse como incuestionable que no se puede excluir en los contratos privados la utilización del procedimiento negociado, con lo que obligadamente todos los contratos privados habrían de adjudicarse por subasta o concurso, incluso insólitamente aunque solo hubiese un contratista, con lo que, en definitiva los contratos privados quedarían sometidos a un régimen más rígido en su adjudicación que los propios contratos administrativos, lo cual no ha podido ser en absoluto la finalidad perseguida por el legislador al establecer el régimen jurídico de los contratos privados de la Administración."

3. Los anteriores razonamientos son suficientemente expresivos para que puedan ahora ser replanteados por esta Junta. Únicamente queda por añadir que las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos menores son normas sobre preparación y adjudicación de los contratos, al igual que las de utilización del procedimiento negociado a que se refería el informe de 18 de diciembre de 1996 y, por ende aplicables a contratos privados y que, de los diversos tipos de contratos menores que contempla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -obras, suministros y consultoría y asistencia y servicios- el supuesto referenciado en el escrito de consulta -contratos con artistas, compañías y grupos musicales y teatrales- debe ser incluido en estos últimos, entre otras razones, por aparecer mencionados expresamente en la categoría 26 del artículo 207, para concluir que cuando la cuantía de estos contratos no exceda de 2.000.000 de pesetas, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos, todo ello por aplicación combinada de los artículos 57 y 202 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las normas que, relativas a contratos menores, contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas son normas relativas a la preparación y adjudicación de contratos, teniendo encaje el supuesto consultado de contratación de artistas, compañías y grupos musicales y teatrales en el artículo 202 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 7/98, de 11 de junio de 1998. Varios. "Diversas cuestiones relacionadas con la contratación de las Corporaciones locales".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Los Villares de Soria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"Al amparo del artículo 17 del Real Decreto 30/91, de 18 de enero, solicito de la Junta Consultiva se emita dictamen respecto a la legalidad de los siguientes aspectos:*
>
> *- Si pueden los concejales del Ayuntamiento y familiares directos de los mismos realizar labores agrícolas en fincas del Ayuntamiento y cobrar por ello de las arcas municipales, aunque cobren precios inferiores a los establecidos en la comarca por la realización de labores agrícolas.*
>
> *- Si pueden realizarse subastas de arrendamientos de fincas rústicas (bienes patrimoniales del Ayuntamiento) estableciendo en el pliego de cláusulas administrativas y particulares que sólo puedan participar en las mismas los vecinos del pueblo que reúnan determinados requisitos.*
>
> *- Si pueden los miembros de una Asamblea Vecinal adjudicar, mediante reparto por lotes, a ellos mismos o a familiares directos el aprovechamiento de fincas rústicas -bienes patrimoniales del Ayuntamiento- y fijar los miembros de dicha Asamblea el precio que han de pagar por los aprovechamientos.*
>
> *- Si puede ser el Alcalde de una Entidad Local Menor, un vocal de una Junta Vecinal de la misma o un familiar directo de los mismos, adjudicatarios únicos de un aprovechamiento de un bien comunal -de una dehesa boyal- porque se de la circunstancia de ser los únicos ganaderos que quedan en el pueblo."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La variedad de supuestos y de cuestiones que se plantean en las preguntas incorporadas al escrito de consulta del Alcalde del Ayuntamiento de Los Villares de Soria, obligan a esta Junta, antes de intentar dar respuesta concreta a las cuestiones suscitadas, a sistematizar los criterios generales sobre incompatibilidades de los miembros de las Corporaciones Locales, cuestión que es una de las que, con mas frecuencia se ha suscitado ante la Junta en los últimos años.

2. El artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa caracterizan a ésta como órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa. La posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de que los Presidentes de Entidades Locales puedan solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha de entenderse limitada a su competencia específica, es decir, a la materia de contratación administrativa y, aunque esta última expresión deba interpretarse en sentido amplio, como referida a contratación contemplada en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, comprendiendo la contratación privada y la administrativa especial, lo cierto es que no puede extenderse a materias ajenas a dicha legislación, como pueden ser los contratos laborales y, en general, las actividades que, fuera del campo contractual, desarrollen o puedan desarrollar los miembros de las Corporaciones Locales. En este sentido el informe de esta Junta de

18 de octubre de 1996 (expediente 54/96) declaraba improcedente el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las cuestiones suscitadas, remitiéndose al informe del órgano consultivo competente dado que -se decía- "*las cuestiones suscitadas no afectan a la materia de contratación administrativa, sino a las totalmente ajenas a ella de qué actividades resultan permitidas y prohibidas a los concejales de un Ayuntamiento por la razón aducida de incompatibilidad".*

3. En materia incompatibilidades de miembros de las Corporaciones Locales, especialmente concejales, ha sido reiterado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el criterio de que en la actualidad se rigen por el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, a su vez, se remite a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, sin que sean aplicables las incompatibilidades recogidas en la legislación de Régimen Local y, concretamente, en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de marzo de 1953, expresamente derogado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su disposición derogatoria única. En este sentido se resume la doctrina de la Junta en el informe de 10 de septiembre de 1997 (expediente 32/97) con cita y remisión a los informes de 16 de febrero y 8 de junio de 1994 (expedientes 3/94 y 4/94), en relación con la anterior legislación de contratos del Estado y a los informes de 18 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 (expedientes 60/96 y 6/97), en relación con la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. A la aplicación del entonces vigente apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, en relación con los miembros de asambleas vecinales, alcaldes y tenientes de alcalde de los municipios que funcionan en régimen de concejo abierto hace referencia el informe de esta Junta de 12 de julio de 1993 (expediente 15/93) en el que se sienta la conclusión de que "*la prohibición de contratar prevista en el apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, alcanza exclusivamente a los alcaldes pedáneos de municipios en régimen de concejo abierto que son cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General, pero no a los restantes miembros de la asamblea vecinal, ni a los tenientes de alcalde, en quienes no concurre tal condición"*, conclusión que, por idénticos razonamientos que los del informe, tiene que ser mantenida a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. La cuestión de si los contratos patrimoniales de las Entidades Locales, singularmente el de compraventa de inmuebles, quedan sujetos o no al régimen de incompatibilidades previsto en el entonces vigente apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, se aborda por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 8 de junio de 1994 (expediente 4/94), en el que se sienta la conclusión de que "*a los contratos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por Entidades Locales les resulta de aplicación el artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado y, en consecuencia, existirá incompatibilidad para celebrarlos en el concejal de la respectiva Entidad, siempre que se den las condiciones de financiación a que hace referencia el artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*", condición que, por idénticos razonamientos a los del informe, debe extenderse a todos los contratos patrimoniales, no sólo a los de compraventa de inmuebles, e igualmente debe ser mantenida a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

6. Los criterios que, en los apartados anteriores, han quedado reseñados permiten examinar las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta.

La primera -si pueden los concejales del Ayuntamiento y familiares directos de los mismos realizar labores agrícolas en fincas del Ayuntamiento y cobrar de las arcas municipales a precios inferiores a los establecidos en la comarca- debe ser resuelta entendiendo que no se trata de un contrato administrativo, administrativo especial o privado sujeto a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino que, según se desprende de la redacción de la consulta, parece más bien que se trataría de una relación laboral excluida de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 3.1.a), respecto de la que esta Junta carecería de competencia para realizar cualquier pronunciamiento, por tratarse, como se decía en el informe de 18 de octubre de 1996 (expediente 54/96) de cuestiones totalmente ajenas a la contratación administrativa, consistentes en determinar qué actividades resulta permitidas y prohibidas a los concejales de un Ayuntamiento, conclusión que, con mayor rotundidad si cabe, debe ser mantenida respecto a los familiares directos de los concejales.

La segunda cuestión -la de si pueden realizarse subastas de arrendamientos de fincas rústicas estableciendo en el pliego de cláusulas administrativas particulares que sólo puedan participar en las mismas los vecinos del pueblo que reúnan determinados requisitos- merece una contestación negativa y ello sin necesidad de acudir a preceptos concretos de nuestro ordenamiento jurídico, dado que el limitar la concurrencia a vecinos que reúnan determinados requisitos, que por cierto no se especifican, es contrario al principio constitucional de igualdad de los ciudadanos y a su reflejo en el principio básico de la contratación administrativa de la libre concurrencia, debiendo significarse que los únicos requisitos que pueden ser exigidos a todos los ciudadanos son los de capacidad y solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar previstos en la legislación vigente.

La tercera cuestión que se suscita -si pueden los miembros de una asamblea vecinal adjudicar a ellos mismos o a familiares directos el aprovechamiento de fincas rústicas y fijar el precio que han de pagar por ello- tiene que ser abordada y resuelta con el criterio expuesto en el informe de la Junta de 12 de julio de 1993 (expediente 15/93) en el sentido de que, prescindiendo de la competencia para adjudicar y fijar el precio, las incompatibilidades para contratar con las Administraciones Públicas alcanzan exclusivamente a los alcaldes pedáneos pero no a los restantes miembros de la asamblea vecinal ni a los tenientes de alcalde en municipios en régimen de concejo abierto por ser los alcaldes pedáneos cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, condición que no concurre en los restantes miembros de la asamblea vecinal, entre ellos, los tenientes de alcalde.

En cuanto a la última cuestión suscitada -si puede ser el Alcalde de una Entidad Local Menor, un Vocal de la Junta Vecinal o un familiar directo de los mismos, adjudicatarios de un aprovechamiento de un bien comunal, por ser los únicos ganaderos que quedan en el pueblo- ha de partirse de la idea de que la entidad local menor no se identifica con el municipio que funciona en régimen de concejo abierto, sino que, por el contrario, el artículo 199 de la Ley de Régimen Electoral General, sin perjuicio de las especialidades que puedan establecer las Leyes de las Comunidades Autónomas, establece el régimen electoral de los órganos de las Entidades Locales de ámbito territorial inferior al Municipio, precepto del que se desprende que, tanto el alcalde pedáneo, como los vocales de las juntas vecinales, son cargos electivos a los que se aplican las incompatibilidades previstas en el apartado e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 178.2.d) de la Ley de Régimen Electoral General. En el caso consultado, no obstante, se hace difícil apreciar un supuesto de incompatibilidad, al faltar el requisito de que el contrato (aprovechamiento de un bien comunal) esté financiado, total o parcialmente, por la entidad local, al ser el adjudicatario el que deberá abonar una cantidad a esta última, como entidad adjudicadora del contrato.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las cuestiones suscitadas por el Alcalde del Ayuntamiento de los Villares de Soria han de ser resueltas, esencialmente, de conformidad con criterios anteriormente expuestos en informes de esta propia Junta que, aplicados a los supuestos consultados, producen el siguiente resultado interpretativo:

1. La realización de actividades agrícolas por concejales de un Ayuntamiento y familiares es cuestión ajena a la contratación administrativa, sobre la que no debe pronunciarse esta Junta.

2. El exigir condiciones distintas a las de capacidad y solvencia y el requisito de la vecindad para participar en subastas es contrario al principio constitucional de igualdad y al esencial de la contratación administrativa, reflejo de aquél, de libre concurrencia.

3. Los miembros de una asamblea vecinal en municipios en régimen de concejo abierto, excepto el alcalde pedáneo, no son cargos electivos, ni, en consecuencia, incurren en prohibición de contratar.

4. Tratándose de contratos no financiados, ni total, ni parcialmente, por una entidad local, no existe la incompatibilidad prevista en el artículo 178.2.d) de la Ley de Régimen Electoral General.

Informe 8/98, de 11 de junio de 1998. Conceptos generales.. Concurrencia de varias personas a la adjudicación de un contrato (unión temporal de empresas). Tramitación de expedientes de modificación de un contrato de obras (art. 146.4). Efectos de la falta de constitución de la garantía definitiva.

ANTECEDENTES.

1. Por la Consejera de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige el siguiente escrito de consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

"En la tramitación de expedientes de contratación por parte de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se vienen planteando, dado el elevado número de contratos celebrados desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, algunas dudas sobre la interpretación de determinados preceptos de dicha norma que por su trascendencia y reiteración recomiendan que se recabe del máximo órgano consultivo en esta materia su opinión o interpretación al respecto, con el objeto de garantizar una mejor aplicación de la norma.

En concreto, la consulta se refiere a los siguientes supuestos:

Primero.- (art. 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

En los concursos de Asistencia Técnica cuyo objeto conjunto es la Redacción de un proyecto y la Dirección Superior y Técnica de las obras de ejecución del mismo se han seleccionado equipos de licitadores, personas físicas, cuya composición mínima era, por cuestión de capacitación, la de Arquitecto Superior y Arquitecto Técnico.

En la formalización del contrato se les ha requerido para que procedieran a su constitución en unión de empresarios, tal y como regula el art. 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, se ha cuestionado si esta figura era aplicable en los términos estrictos de ese artículo a las uniones de empresarios individuales, no personas jurídicas y, en particular, si cabría exigir la formalización en escritura pública de la referida unión.

Segundo.- (art. 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La tramitación de modificados mediante el procedimiento excepcional que regula el art. 146.4 no manifiesta dudas en cuanto al acuerdo de continuación de las obras objeto del mismo, ya que el propio artículo detalla las actuaciones necesarias para ello.

Sin embargo, el tenor del párrafo cuarto de dicho artículo es confuso al referirse a que ?en el plazo de cuatro meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de seis meses, el expediente del modificado?. En concreto la duda existe sobre si, tras la autorización inicial de continuación de las obras, el expediente debe tramitarse conforme al procedimiento ordinario, incluidos el preceptivo informe del Servicio Jurídico (art. 60.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y la formalización del contrato.

Tercero.- (art. 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Finalmente, y como cuestión principal de la presente consulta, es objeto de numerosas dudas y discrepancias el alcance que debe dar al término

?declarará resuelto? que en el art. 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se recoge para el supuesto del incumplimiento del plazo de 15 días hábiles para acreditar la constitución de la garantía definitiva.

Por un lado, cabe una interpretación literalista del término imperativo "declarará" lo que supondría que el incumplimiento del plazo de acreditación de la constitución de la garantía, aún cuando fuera mínimo (un día), supondría sin más la resolución del contrato.

Tal postura, de gran rigor, puede suponer una alteración sustancial del sistema de licitación, sobre todo en los procedimientos de subasta, al implicar la adjudicación del contrato a otro licitador distinto al mejor postor (art. 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), con el consiguiente perjuicio, en algunos supuestos muy elevado para el erario público, al incrementar el coste de la adjudicación y, por ende, del contrato.

Como interpretación alternativa a la descrita cabría realizar una aplicación conjunta de todo el texto legal, y en concreta del art. 42 junto con los artículos 112.d) y 113.2, todos de la Ley referida. En concreto, es clarificador éste último al detallar los exclusivos supuestos en que los "incumplimientos" originarán siempre la resolución del contrato. Aquí, el legislador limita los supuestos a "la falta de constitución de la garantía" (no al incumplimiento del plazo para ello) y al "incumplimiento del plazo regulado en el art. 72.2.d)", junto a otros supuestos que no vienen al caso.

De este modo se distingue entre no constitución (art. 113.2), con resolución automática, y el incumplimiento del plazo (art. 112.d y 113.2, segundo párrafo), con resolución potestativa para la Administración.

Sin embargo, tal interpretación debería matizarse en el sentido de que el incumplimiento del plazo supondría la resolución imperativa cuando el mismo suponga una voluntad manifiesta del contratista de no formalizar el contrato, y en todo caso cuando en el momento de la formalización la garantía no haya sido constituida.

Conforme a todo lo expuesto, se solicita de esa Junta Consultiva que emita un informe sobre las tres cuestiones planteadas, por considerarlas de interés para la correcta gestión de la contratación administrativa."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente se consigna en el escrito de consulta son tres las cuestiones suscitadas que, por referirse a supuestos distintos y a la interpretación de normas, también distintas, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obligan a su examen y resolución separada.

2. La primera cuestión que se suscita lo es en relación con el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y consiste en determinar si la figura de unión temporal de empresarios resulta aplicable, en concursos de asistencia técnica, a empresarios individuales, no personas jurídicas y, en particular, si cabría exigir la formalización en escritura pública de la referida unión, teniendo en cuenta que, como se consigna en el escrito de consulta, "se han seleccionado equipos de licitadores, personas físicas, cuya composición mínima era, por cuestión de capacitación, la de Arquitecto Superior y Arquitecto Técnico".

El artículo 24.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que "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". Por su parte el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, que debe considerarse vigente a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas, con la única salvedad de sustituir las referencias a las agrupaciones por las correspondientes a las uniones de empresarios, que es la figura que regula la Ley, después de establecer, en su párrafo primero, que cada uno de los empresarios que componen la agrupación debe acreditar su capacidad de obrar, conforme establecen los artículos anteriores señala en el segundo párrafo que "para que sea eficaz la agrupación frente a la Administración bastará que en el escrito de proposición se indiquen los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban la participación de cada uno de ellos y que se designe la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de todos ellos frente a la Administración".

El examen de los preceptos legal y reglamentario transcritos produce una primera conclusión del mayor interés a los efectos del presente informe, cual es la de que la figura de la unión de empresarios puede ser utilizada voluntariamente por ellos en el momento de concurrir a la licitación, sin que sea factible que, como parece desprenderse del escrito de consulta, dos o más empresarios concurran individualmente y posteriormente a la presentación de proposiciones se constituyan en unión de empresarios, pues a ello se oponen los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Reglamento General de Contratación del Estado que estamos examinando.

Lógicamente, con arreglo a tales preceptos cada uno de los empresarios que concurren en unión debe acreditar su capacidad de obrar y, en concreto que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, como determina el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que sería impensable que para un contrato de redacción de proyectos se seleccionasen uniones de empresarios en que uno de los integrantes se dedicase, por ejemplo, a la actividad de transporte o de limpieza de edificios, ya que ello estaría en contradicción con la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada uno de los empresarios que integran la unión y que exige el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Con independencia de lo anterior, es evidente que ni la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni el Reglamento General de Contratación del Estado autorizan a restringir la figura de las uniones de empresarios a personas físicas o a personas jurídicas, ni tampoco a determinados contratos, por estar encuadrado el artículo 24 de la Ley en las disposiciones que se consideran aplicables a todos los contratos y no específicamente a un tipo contractual determinado, habiéndose razonado sobre esta doble ausencia de limitaciones en el informe de esta Junta de 2 de marzo de 1998 (expediente 56/97).

Por último en este punto debe abordarse la cuestión de la formalización de la unión de empresarios en escritura pública, cuestión sobre la que el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no suscita la más mínima duda, dado que al establecer que no será necesaria la formalización de las uniones en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor, la misma interpretación literal permite concluir que una vez efectuada la adjudicación es necesaria la formalización de las uniones de empresarios en escritura pública.

3. La segunda cuestión que se plantea en el escrito de consulta es la relativa a las dudas que suscita el artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, apartado introducido en la misma por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria y, en concreto, sobre la tramitación del expediente relativo a la modificación y si resultan trámites preceptivos el informe del Servicio Jurídico (artículo 60.2 de la Ley) y la formalización de la modificación aunque el escrito de consulta se refiere a la formalización del contrato.

El apartado 4 del artículo 146 del la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fue introducido en el mismo por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria, con la doble finalidad de impedir la suspensión temporal

total de la ejecución de obras por causa de modificaciones a introducir en las mismas y agilizar la tramitación de lo propios expedientes de modificación. Por ello el propio apartado 4 en su párrafo segundo señala las actuaciones que exigirá "exclusivamente" el expediente a tramitar al efecto y al no hacer referencia dicho párrafo y apartado al informe del Servicio Jurídico, que el artículo 60.2 de la Ley establece, con carácter preceptivo, para todos los supuestos de modificaciones, es evidente la intención del legislador de suprimir tal trámite preceptivo en la tramitación de modificaciones al amparo del artículo 146.4 de la Ley.
Solución distinta debe darse a la cuestión de si es precisa la formalización de modificaciones en los supuestos del mismo apartado 4 del artículo 146, pues esta Junta entiende que debe regir la regla general del artículo 102.2 de la Ley expresiva de que "las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 55", por la doble razón de que, por un lado, en sentido estricto, la formalización no es una actuación del expediente a tramitar, que, según se desprende del propio artículo 146.4, termina con la aprobación del expediente, a la que debe seguir, por tanto, la formalización y, por otra parte, dada la simplicidad con que se regula la formalización en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refiriéndola al documento administrativo, parece de todo punto conveniente que la modificación quede reflejada por escrito, para que ambas partes -Administración y contratista- puedan ejercitar y hacer valer sus respectivos derechos, en cuanto derivan de la modificación aprobada.

4. Finalmente y como cuestión principal de la consulta se plantea la del alcance que debe darse a la expresión "declarará resuelto" que utiliza el artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el supuesto de incumplimiento dale plazo de 15 días hábiles para acreditar la constitución de la garantía definitiva.
De las dos interpretaciones que se propugnan en el escrito de consulta, la literalista que supone que el incumplimiento del plazo de constitución de la garantía supone la resolución del contrato y la sistemática en relación con otros preceptos de la Ley que produciría el resultado de que el incumplimiento del plazo sin resolución debe distinguirse de la no constitución de la garantía, con resolución, esta Junta Consultiva se pronuncia en favor del primer extremo de la alternativa, dado que los términos en que se pronuncia el artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas son suficientemente claros y expresivos, lo que evita acudir a otros elementos interpretativos, ya que, después de declarar la obligación del adjudicatario de acreditar, en el plazo de quince días hábiles contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva establece que "de no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario la Administración declarará resuelto el contrato", precepto sobre cuya interpretación no pueden prevalecer conclusiones derivadas de los artículos 112 y 113 de la propia Ley, puesto que el requisito que debe cumplir el adjudicatario se subdivide en el doble requisito de la constitución y del plazo.
Por otra parte la otra interpretación que se propugna de distinguir entre falta de constitución e incumplimiento de plazo conducen a una total inseguridad jurídica, pues siempre resultaría necesario indagar y acreditar el elemento subjetivo de la voluntad del adjudicatario y precisar el número de días, transcurridos los 15 hábiles, que deben asimismo transcurrir para considerar incumplido el deber de constitución de la garantía y no el incumplimiento del plazo, lo cual no constituye la voluntad del legislador expresada en los términos literales del artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.
Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. La figura de uniones de empresarios, que regulan los artículos 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27 del Reglamento General de

Contratación del Estado, pueden acudir, al formular sus proposiciones, personas físicas, personas jurídicas o ambas a la vez, en todo tipo de contrato, designando las circunstancias exigidas por el citado precepto reglamentario y cumpliendo cada uno de ellos las condiciones de capacidad exigidas y que la formalización en escritura pública resulta necesaria, una vez efectuada la adjudicación del contrato.

2. En las modificaciones de contratos al amparo del artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico previsto en el artículo 60.2, pero sí la formalización del modificación, de conformidad con el artículo 102.2, en relación con el 55 de la propia Ley.

3. La única interpretación posible del artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la de que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía definitiva en el plazo de 15 días hábiles por causas imputables al adjudicatario, determina la resolución del contrato, sin que sea factible distinguir entre falta de constitución e incumplimiento de plazo.

Informe 9/98, de 11 de junio de 1998. Conceptos generales. "Solicitud de ofertas a empresas capacitadas para la ejecución del contrato en el procedimiento negociado".

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General de Política Exterior y para la Unión Europea se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

> *"Ante las dificultades existentes en las Representaciones en el exterior para conseguir que las empresas no españolas conozcan debidamente la legislación española y acrediten el cumplimiento de los requisitos para contratar con la Administración, se plantea consulta sobre el procedimiento negociado de adjudicación de los contratos establecido en el art. 74.4, en relación con el art. 93 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, donde se establece que será necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato..., y en el art. 117, d) de la misma norma "... debiendo conseguirse, siempre que sea posible, tres ofertas al menos de empresas capaces de cumplir los mismos (los contratos)".*
>
> *En los supuestos en que todas las empresas que han presentado oferta, no hayan remitido ni tengan interés en remitir la acreditación de todos los requisitos de capacidad y solvencia, la comprobación por la Mesa de contratación, previa a la propuesta de adjudicación, del cumplimiento de todos los requisitos de capacidad y solvencia de todas las empresas con las que se ha realizado la "negociación", podría llevar a un formalismo innecesario y provocar, con la consiguiente pérdida de tiempo, la imposibilidad de proponer la adjudicación a la empresa seleccionada cuando ésta sí cumpliera todos los requisitos.*
>
> *En particular se plantea:*
>
> > *a) El sentido que se debe dar a la expresión "capacitadas", si se refiere al cumplimiento de la totalidad de los requisitos de capacidad y solvencia de las empresas establecidos en el capítulo I del título II de la citada Ley o a la capacidad para la realización del objeto del contrato, y en su caso, sobre cual es el momento de exigir la acreditación de dichos requisitos y quién es el órgano encargado de comprobar su cumplimiento: si se comprueban por la Mesa de contratación, antes de la propuesta de adjudicación y para la totalidad de las empresas que han presentado ofertas, o por la Intervención Delegada.*
> >
> > *b) Si en el supuesto planteado, de no conseguirse de todas las empresas ("al menos tres") la totalidad de la documentación requerida, pero sí de la seleccionada con la que se ha fijado el precio, es posible que la Mesa de contratación eleve propuesta de adjudicación al órgano de contratación, y darse por correcto el procedimiento y cumplido el requisito de concurrencia."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para la resolución de las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta se hace necesario, como presupuesto de dicha resolución, remitirse a criterios y razonamientos puestos de manifiesto en anteriores informes de esta Junta que han de servir de base a las respuestas que se den a las cuestiones concretas suscitadas.

2. Ante todo hay que señalar que el escrito de consulta hace referencia aunque no se consigne de manera expresa a contratos en los que no concurre el doble requisito de celebrarse y ejecutarse en el extranjero, pues de concurrir ambos resultaría aplicable

el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo reiterarse el criterio de esta Junta expuesto en su informe de 30 de mayo de 1996 (expediente 26/96), en el que, por las razones que se exponen en el apartado 3 de las consideraciones jurídicas se llega a la conclusión de que *"no resulta preceptiva la actuación de la Mesa de contratación en los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero".*

3. Ciñéndonos a los contratos que por no reunir el doble requisito de celebrarse y ejecutarse en el extranjero, se rigen por las normas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y no por las específicas de su artículo 117 y en relación con la actuación de la Mesa de contratación y el procedimiento negociado se contienen una serie de consideraciones en el informe de esta Junta de 14 de julio de 1997 (expediente 21/97) que ahora parece oportuno reproducir.

En concreto se afirmaba en el citado informe:

> *La Mesa de contratación, como órgano colegiado de asistencia al órgano de contratación venía regulada en la Ley de Contratos del Estado, detallando su composición y atribuyéndole las funciones de elevar propuestas al órgano de contratación en la adjudicación por subasta o concurso, siendo desarrollada en este aspecto por el Reglamento General de Contratación del Estado. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 82.1 señala que salvo en los supuestos del artículo 12.4, que se refiere a la existencia de Juntas de Contratación, "el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos estará asistido de una Mesa", consistiendo la principal innovación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la legislación anterior, en haber extendido la intervención de la Mesa de contratación a la adjudicación de contratos por procedimiento negociado, al no realizar el artículo 82 ninguna salvedad al respecto lo que confirma, además, el artículo, 93.2 referente al procedimiento negociado al señalar que "la propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de contratación, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 82", en tanto que la legislación anterior, como hemos indicado, refería la intervención de la Mesa a la adjudicación por subasta y concurso, quedando excluida tal intervención en la contratación directa equivalente al procedimiento negociado.*
>
> *Con ello se quiere resaltar que la solución de los problemas que plantea la intervención de la Mesa en procedimientos negociados no pueda ser abordada con criterios interpretativos deducidos de las normas que regulaban este extremo en la legislación anterior, ni siguiera con la aplicación prevista en la disposición derogatoria, única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de normas reglamentarias anteriores en cuanto no se opongan a su contenido, por la sencilla razón de su inexistencia, sino que dichos problemas han de tratar de resolverse mediante la interpretación de las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica al procedimiento negociado y la legislación anterior al procedimiento equivalente, constituido por la contratación directa.*
>
> *El procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, formas de adjudicación obligatorias en los procedimientos abiertos y restringidos, porque la adjudicación del contrato se adjudica, conforme señala el artículo 74.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios" y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que*

caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación prevista en el artículo 82 y en el artículo 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto y técnico jurídico como existe en la subasta y en el concurso y que las ofertas a que se refiere el artículo 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes el artículo 37 de la Ley de Contratos del Estado, no son equiparables a las proposiciones a que se refiere el artículo 80 de la LCAP, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociado sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Aunque en el procedimiento negociado, como en el resto de los procedimientos de adjudicación, el adjudicatario ha de reunir los requisitos positivos de capacidad solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar y sobre dichos requisitos ha de pronunciarse la Mesa, lo cierto es que la ausencia de única verdadera licitación y la falta de un trámite preceptivo de presentación de ofertas en sentido análogo al de presentación de proposiciones permite concluir que en cualquier momento antes de la adjudicación puede producirse la intervención preceptiva de la Mesa de Contratación que formule su propuesta al órgano de contratación con lo cual se cumple el requisito de su intervención en el procedimiento negociado prevista en los artículos 82 y 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios que derivan de la utilización del procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la Administración y uno o varios empresarios y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso en procedimientos abiertos y restringidos, teniendo en cuenta que solución contraria a la propugnada desnaturalizaría el procedimiento negociado, en contra de la intención del legislador y regulación concreta del mismo incorporada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que sucedía en la legislación anterior en relación con la contratación directa.

4. Las consideraciones expuestas en el informe de esta Junta de 14 de julio de 1997, que se reiteran, permiten dar respuesta a las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta.

A la primera cuestión relativa al alcance que debe darse a la expresión "capacitadas" como requisito que deben reunir las empresas y, en concreto si se refiere al cumplimiento de la totalidad de los requisitos de capacidad y solvencia o a la capacidad para la realización del objeto del contrato y, en su caso, sobre cual sea el momento de exigir dichos requisitos y quien es el órgano encargado de comprobar su cumplimiento, debe insistirse en que, con independencia de que en todo supuesto de procedimiento negociado en cualquier tipo de contrato, deba negociarse y solicitarse ofertas a empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato y no a las que, por su objeto social o actividad, nada tienen que ver con dicho objeto en el procedimiento negociado, los requisitos de capacidad y solvencia deben concurrir en el momento de la adjudicación del contrato y siendo la Mesa de contratación la que ha de formular propuesta de adjudicación al órgano de contratación, dicha propuesta debe realizarse en favor de empresa que reúna los indicados requisitos de capacidad y solvencia, pero y en ello consiste las especialidades del procedimiento negociado y de la actuación de la Mesa de contratación, dicha propuesta puede ser realizada en un momento inmediatamente anterior a la adjudicación por el órgano de contratación, con lo que se concilia la necesaria flexibilidad de la tramitación del procedimiento negociado con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación en el mismo, de

conformidad con los artículos 82 y 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de si la propuesta de la Mesa puede comprender sólo la adjudicación a la empresa que ha aportado la documentación requerida y no a las restantes que no han aportado la documentación requerida- la respuesta afirmativa, por lo hasta aquí razonado, resulta obvia, aunque en un intento de mayor precisión debe afirmarse que la actuación de la Mesa en el sentido propugnado no se presenta como facultativa sino preceptiva, aunque, desde un punto de vista formal nada impide que la propuesta de la Mesa se realice a favor de la empresa que ha acreditado el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia y, respecto de las demás, consigne expresamente en la propuesta que no han acreditado tales requisitos o, en su caso, las razones por las que no procede la adjudicación a favor de las mismas, dentro de la flexibilidad que preside la adjudicación en el procedimiento negociado, frente a los criterios tasados de la misma adjudicación en subastas y concursos dentro de procedimientos abiertos y restringidos.

Informe 10/98, de 11 de junio de 1998. Conceptos generales. "Contratos menores".

ANTECEDENTES.

Por el Director General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *En relación con el contenido del art. 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, que regula los contratos menores, se han planteado a esta Dirección General, cuestiones pendientes de resolver, por razón de discrepancias con otros organismos de la Administración del Estado, que entiende como contrato menor aquellos cuya prestación se realiza en un corto espacio de tiempo y se satisfacen de una sola vez.*
>
> *Contrariamente esta Dirección General entiende, en el caso de suministros, cuestión de interés ahora, y de conformidad con el art. 177 de la L.C.A.P. que tendrán la consideración de contratos menores cuando su cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas y "solo y exclusivamente por su cuantía" se definirán estos contratos, sin atender a otras circunstancias, según reza el art. 57 de la misma Ley, siendo la tramitación del expediente excepcional requiriéndose solamente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura.*
>
> *Es decir, esta Dirección General, en atención al precepto último citado, entiende que cualquier contrato de los regulados en los artículo 121, 177 y 202 de la L.C.A.P., cuya cuantía no exceda de 5.000.000 para el primero y 2.000.000 de pesetas para el segundo y tercer precepto, son contratos menores, sólo y exclusivamente por su cuantía, sin atender a otras circunstancias distintas de la cuantía, aunque su ejecución sea continuada en el tiempo y su pago se haga de manera sucesiva o en varias veces, y sin que obste a ello el hecho de que el artículo 57 al referirse a la factura lo haga en singular, pues las sucesivas facturas aportadas por el contratista, en cualquier caso, lo serán siempre en singular referidas a cada período de tiempo concreto.*
>
> *Ello sin perjuicio, entiende igualmente esta Dirección General, de que la Administración, sin necesidad de tramitar expediente de contratación, incorpore al mismo, además de los documentos que refiere el art. 57, la propuesta de contratación formulada al contratista, en la que esencialmente se reflejen las prestaciones a realizar, periodicidad y plazos de ejecución, periodicidad de pagos y otras circunstancias que estime pertinentes para la mejor concreción del contrato.*
>
> *Siendo esta la opinión de la Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural y siendo esa Junta el Órgano consultivo específico de la Administración General del Estado en materia de contratación, según el art. 10 de la L.C.A.P., de conformidad con las disposiciones del Real Decreto 50/91 de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se interesa emita el informe pertinente respecto a la cuestión planteada, rogando respuesta pronta, para la resolución de las actuaciones pendientes, mediante su adecuación al informe que se solicita.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente -la general de los requisitos de los contratos menores y la específica de si la duración del contrato menor debe quedar limitada a un corto espacio de tiempo y satisfacerse su precio de una sola vez- han sido abordadas por esta Junta Consultiva de Contratación

Administrativa en anteriores informes, por lo que el actual debe consistir en una mera remisión a los criterios ya sostenidos con anterioridad.

2. La cuestión general del régimen jurídico y requisitos de los contratos menores se examina en dos informes de esta Junta Consultiva fechados el 7 de marzo de 1996 (expedientes 40/95 y 30/96) en los que se sienta la conclusión, también mantenida por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995, de que los contratos menores sólo o únicamente exigen para su celebración los requisitos establecidos en el artículo 57 y que la cuantía de los mismos no exceda de las señaladas en los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley. Por otra parte, en los citados informes de esta Junta se hacía la salvedad de que resultaba necesario el cumplimiento de otros requisitos de los contratos de los enumerados en el artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la competencia, capacidad, objeto, precio, etc..., en cuanto resultaban definidores del propio contrato menor.

Frente a discrepancias con otros organismos de la Administración del Estado estos criterios son los mantenidos por la Dirección General consultante que, en consecuencia, deben ser confirmados, añadiendo que los mismos no se oponen a que, como se consigna en el escrito de consulta, sin necesidad de tramitar expediente de contratación, se incorporen, además de los documentos resultantes del artículo 57, la propuesta de contratación en la que se reflejan las prestaciones a realizar, periodicidad y plazos de ejecución, periodicidad de pagos y otras circunstancias para la mejor concreción del contrato, pues con ello no sólo se dará cumplimiento a determinados requisitos del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que además se contribuirá a la mejor y más concreta definición de los derechos y obligaciones de las partes que, por inexistencia de pliego de cláusulas administrativas particulares no pueden figurar en el mismo.

2. Como cuestión específica se plantea en el presente expediente, centrándose las discrepancias con otros organismos en este extremo, la necesidad o no de que los contratos menores, para serlo, se realicen en un corto espacio de tiempo y se satisfaga el precio de una sola vez.

Ninguna norma especial contiene la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la duración y pago de los contratos menores, por lo que, en estos aspectos deben aplicarse las normas existentes según el tipo de contrato menor de que se trate (obras, suministros y consultoría y asistencia y servicios). En particular puede suscitar dudas interpretativas, de hecho las ha suscitado, la circunstancia de que el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiera a la ?factura correspondiente? de lo que pudiera deducirse la imposibilidad de efectuar diferentes pagos en los contratos menores, dudas que, sin embargo, pretende aclarar el informe de esta Junta de 2 de marzo de 1998 (expediente 50/97) en el que se sienta la conclusión de que la expresión "factura correspondiente" utilizada por el artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no excluye la posibilidad de que existan diversas facturas en los contratos menores cuando expresamente se hayan pactado abonos a cuenta, atendiendo fundamentalmente al ritmo requerido en la ejecución de la prestación y ello por los razonamientos que se contienen en las consideraciones del citado informe, a los que expresamente procede hacer una remisión.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reiterando criterios de anteriores informes, entiende:

1. Que los contratos menores sólo exigen el cumplimiento de los requisitos del artículo 57 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, definiéndose exclusivamente por la cuantía que se fija en los artículos 121, 177 y 202, sin perjuicio de la exigencia de los requisitos que de los enumerados en el artículo 11, no sean incompatibles con la especial naturaleza de estos contratos, sino que, por el contrario, sean indispensables para su caracterización.

2. Que en cuanto a la duración y posibilidad de abonos a cuenta en estos contratos, han de aplicarse las reglas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin que la expresión "factura correspondiente", utilizada en el artículo 57 de la Ley, constituya obstáculo para mantener esta conclusión.

Informe 12/98, de 30 de junio de 1998. Conceptos generales. "Trámites efectuados en los expedientes de contratación iniciados en el ejercicio anterior a aquel en que van a ejecutarse".

ANTECEDENTES.

El Consejero de Hacienda y Promoción Económica del Gobierno de La Rioja dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

> *El artículo 70 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé que los expedientes de contratación puedan ultimarse incluso con la adjudicación del contrato y su formalización correspondiente cuando su ejecución deba iniciarse en el ejercicio siguiente.*
>
> *La Ley, que ha previsto la posibilidad de que se formalice "incluso" en el ejercicio anterior un contrato que debe iniciarse en el siguiente, no aclara, sin embargo, el trámite a partir del cual la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos impediría continuar el expediente por el cauce previsto para la tramitación anticipada.*
>
> *Parece claro que si después de publicado el anuncio de la licitación, entrase en vigor la Ley de Presupuestos del ejercicio en que ha de iniciarse la ejecución del contrato, ello no sería obstáculo para continuar con su adjudicación, bien entendido que al expediente de contratación deberían incorporarse documentos que acrediten la aprobación del gasto con cargo al presupuesto en vigor.*
>
> *En aquellos supuestos en los que, llegado el momento de publicar la licitación en el correspondiente Boletín Oficial, ya hubiera entrado en vigor la Ley de Presupuestos, se plantea la duda de si puede continuarse la tramitación incorporando al expediente los documentos relativos a la autorización del gasto, o si por el contrario habría de iniciarse de nuevo, por los trámites del procedimiento ordinario (o de urgencia, en su caso) y en este supuesto si procedería revocar expresamente las actuaciones practicadas.*
>
> *Cuestiones que se someten al autorizado parecer de esa Junta Consultiva para que se pronuncie sobre las mismas y cuantas relacionadas con ellas estimara conveniente.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión planteada por el Consejero de Hacienda y Promoción Económica del Gobierno de La Rioja se refiere a la tramitación anticipada de un expediente de contratación y a los efectos que se producen sobre el mismo una vez entra en vigor la correspondiente Ley de Presupuestos y, en particular, sobre la necesidad de reiniciación de las actuaciones precisas por posible revocación de las actuaciones efectuadas hasta entonces.

2. El apartado 3 del artículo 70 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que los expedientes de contratación podrán ultimarse incluso con la adjudicación del contrato y su formalización correspondiente, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley. El apartado 4 dispone que cuando los contratos se formalicen en ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las

obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente. Estos preceptos, que no figuraban en la anterior Ley de Contratos del Estado, se complementan con lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de febrero de 1983, en la que se determina, respecto de la Administración General del Estado, que el expediente de contratación que hayan de generar obligaciones económicas podrán iniciarse en el ejercicio inmediatamente anterior a aquel en que haya de materializarse la contraprestación, cuando se cumplan los requisitos de aplicación alternativa que prevé: el primero, respecto de los supuestos referidos a la tramitación concurrente del correspondiente Proyecto de Presupuestos Generales del Estado que se someta a las Cortes Generales y que corresponda al ejercicio en que se va a materializar tal contraprestación, en cuyo caso exige que en el mismo exista crédito adecuado y suficiente, y el segundo, referido a los supuestos de período de prórroga de los Presupuestos, en los que se requiere que los gastos, por su naturaleza e importe, tengan cabida en la en las cantidades aprobadas en el Programa de Inversiones Públicas. Todas las actuaciones referidas a la acción de fiscalización de la Intervención, en lo que se refiere a aspectos de carácter contable, se sustituirán por una diligencia de los Servicios de Contabilidad respecto del cumplimiento de los citados requisitos. Respecto de la consolidación de tales trámites se establece la condición de que al momento de dictarse el acuerdo de autorización del compromiso de gasto, subsistan las causas que dieron lugar a la tramitación del expediente de contratación y de los derechos generados en el momento en que fueron producidos los actos correspondientes, procediéndose en tal caso por los Servicios de Contabilidad a dejar constancia en el expediente de la validez de tales actos producidos con anterioridad.

En tal sentido el artículo 70, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la Orden de 24 de febrero de 1983, vienen a establecer un procedimiento de trámite de expedientes de contratación en el que puedan realizarse las actuaciones preparatorias necesarias para su adjudicación de manera, que promulgada la Ley de Presupuestos del correspondiente ejercicio, puedan consolidarse a su entrada en vigor las actuaciones realizadas en el expediente de contratación con anterioridad, incluso la adjudicación del contrato, que necesariamente habrá de realizarse con carácter suspensivo respecto de la dotación presupuestaria correspondiente al gasto que la misma conlleva, toda vez que será en tal momento cuanto pueda adoptarse el acuerdo de autorización del gasto en tanto en cuanto subsistan las causas que promovieron la tramitación del expediente y la posterior adjudicación del contrato. En tal sistema de tramitación del expediente, la Ley permite que se adjudique el contrato e incluso que se formalice el mismo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11.2, apartado i), y 55, si bien necesariamente deberá incorporarse al pliego de cláusulas administrativas particulares la condición suspensiva del contrato adjudicado respecto de la existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar en el ejercicio presupuestario las obligaciones derivadas del contrato.

Las actuaciones preparatorias para concluir en la adjudicación del contrato que dan, en todo caso, pendientes del cumplimiento de una única condición suspensiva, la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto del ejercicio en el que el contrato va a comenzar a ejecutarse, consolidando las actuaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la correspondiente Ley de Presupuestos o de la correspondiente prórroga de los presupuestos del ejercicio precedente, manteniendo su validez respecto de las realizadas con anterioridad aquellas que se habían efectuado en tal momento, con la única salvedad de la incorporación al expediente de la aprobación del gasto respecto de las dotaciones presupuestarias del nuevo ejercicio, que necesariamente se ha de producir, sin que a criterio de esta Junta Consultiva deba procederse a iniciarse la tramitación de un nuevo expediente de contratación.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en los expedientes de contratación anticipada en el ejercicio inmediatamente anterior a aquel en que deba ejecutarse una vez entrada en vigor la Ley de Presupuestos o producida la prórroga de los precedentes, si existe crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones contraídas, han de considerarse válidas aquellas actuaciones de trámite que se hayan realizado sin necesidad de reiniciar la tramitación de un nuevo expediente de contratación.

Informe 15/98, de 11 de junio de 1998. Capacidad para contratar e incompatibilidades. "Incompatibilidad de concejales y familiares para contratar con el Ayuntamiento".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de El Carpio (Córdoba) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Que con fecha 2 de diciembre de 1997 el Grupo de Concejales del PSOE-A de este Ayuntamiento presentó escrito, del cual adjunto copia, en relación con las adquisiciones realizadas a Almacenes que según argumentan podrían estar relacionadas con las actividades comerciales del Concejal Delegado de Economía y Hacienda Don Francisco Lorente García, y solicitando el que por Secretaría se emita informe al respecto.

Que con fecha 23 de Diciembre de 1997 el Concejal de este Ayuntamiento, Don Alfonso Benavides Jurado, tras consultar documentación existente en estas Dependencias Municipales a cargo de varios funcionarios, sin solicitud ni autorización previa, y sin ser documentación de ningún Órgano Municipal del que forme parte, ni documentación de libre acceso para los ciudadanos, realiza fotocopias de varios documentos a los que opone el sello de compulsa y que tras requerir la firma del Sr. Secretario, éste le advierte de la necesaria autorización previa del Alcalde para el libramiento de copias, tal y como especifica el R.O.F.R.J. de las Corporaciones Locales en sus artículos 14, 15 y 16, que le son leídos expresamente por el Sr. Secretario en mi presencia, tras ser llamado a estar presente, y que posteriormente manifiesto que hasta tanto no se autorice no podrán librarse dichas copias, haciendo caso omiso el Sr. Benavides, que tras quitarle las referidas fotocopias al Sr. Secretario abandona las Dependencias Municipales llevándolas consigo.

Que en la Prensa Provincial del día 10 de Enero de 1998 aparece la noticia con el titular "El PSOE Denuncia el cobro de comisiones ilegales por parte del Concejal de Hacienda de El Carpio" y el 13 de Enero otra con el titular "El Fiscal pide al Juzgado que investigue las denuncias del PSOE en El Carpio".

Que con fecha 26 de Enero de 1998 el Sr. Secretario de esta Corporación entrega el "INFORME RELATIVO A ESCRITO DEL GRUPO DEL PSOE DE FECHA 2 DE DICIEMBRE DE 1997, INSTANDO A ESTA SECRETARIA POR EL SR. ALCALDE", el cual adjunto, del que se deduce que no existe prohibición de contratar con las empresas reseñadas en el escrito del PSOE.

No obstante lo anterior, y ante la mera posibilidad de que pudiera existir algún tipo de irregularidad, esta Alcaldía, con fecha 6 de Febrero de 1998 dicta un Decreto, que asimismo adjunto, mediante el cual acuerda cesar a Francisco Lorente García como Segundo Teniente de Alcalde y Delegado de Economía y Hacienda y solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda y a los Servicios Jurídicos de la Excma. Diputación Provincial informe jurídico al respecto.

Por todo lo cual, y con el objeto de contar con una base jurídica suficiente sobre el caso que sirva para aclarar lo que antecede.

SOLICITO de Vd. El que sea emitido informe al respecto por los Servicios de esa Corporación."

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:

a) Escrito dirigido al Secretario General del Ayuntamiento de El Carpio por cuatro concejales del Grupo Socialista en el que solicitan informe aclaración sobre compras del Ayuntamiento relacionadas con actividades comerciales del Concejal Delegado de Economía y Hacienda o sus familiares directos.

b) Fotocopias de recortes de prensa cuyos titulares son: "El PSOE denuncia el cobro de comisiones ilegales por parte del concejal de Hacienda de El Carpio", "El alcalde asegura que el equipo de gobierno no comete ninguna irregularidad" y "El fiscal pide al Juzgado que investigue las denuncias del PSOE en El Carpio".

c) Informe del Secretario-Interventor del Ayuntamiento de El Carpio en el que, en su apartado primero, hace una referencia a las disposiciones vigentes y doctrina de esta Junta sobre incompatibilidades para contratar con la Administración referida a los concejales de Ayuntamientos y sus familiares; en su apartado segundo se hace una relación de los proveedores, contratos, cuantías y fechas de los celebrados con el Ayuntamiento y de los que se supone participación del Concejal Delegado o sus familiares; en el apartado tercero se hace referencia a la declaración de bienes del Concejal Delegado y se reseña la aportación por el mismo de fotocopia de dos documentos privados referentes a sus actividades comerciales, y en el apartado cuarto se hace una remisión a lo expuesto en el apartado primero en cuanto a causas de incompatibilidad y prohibición de contratar.

d) Fotocopia del Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de El Carpio de 6 de febrero de 1998 en el que, después de acordar el cese y nombramiento de Teniente de Alcalde y Delegado de Economía y Hacienda y miembro de la Comisión Municipal de Gobierno acuerda, en su apartado tercero "solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda y a los Servicios Jurídicos de la Excma. Diputación Provincial informe jurídico al respecto".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Pese a la amplitud con que el escrito de consulta y del Decreto del Alcalde de El Carpio hacen referencia al informe de esta Junta, indicando que se emita informe jurídico al respecto, es evidente que la competencia de esta Junta no puede extenderse a las múltiples cuestiones que se plantean o se reflejan en la documentación remitida, en la que se incluyen actuaciones judiciales, de partidos políticos y nombramiento y cese de concejales, debiendo limitarse esta Junta a su competencia específica según resulta del artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, a tenor de los cuales la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es órgano consultivo en materia de contratación administrativa sin que, como expuso la propia Junta en su informe de 18 de octubre de 1996 (expediente 54/96) y reitera en tres informes de esta misma fecha (expedientes 7/98, 14/98 y 18/98) la competencia de la Junta pueda extenderse a cuestiones ajenas a la contratación administrativa, que deben quedar remitidas al órgano consultivo competente, como así parece haberlo entendido el Alcalde de El Carpio al haber solicitado, con independencia del de esta Junta, dos informes jurídicos al Secretario del Ayuntamiento y a la Diputación Provincial de Córdoba.

2. Centrada la competencia del informe de esta Junta en las cuestiones que afectan a la contratación administrativa, la única que se plantea en el presente expediente es la de la incompatibilidad de los concejales o sus familiares para celebrar contratos con el Ayuntamiento, cuestión que es una de las que con más frecuencia se ha planteado ante la Junta en los últimos tiempos, por lo que, como se hace en el informe del Secretario del Ayuntamiento de El Carpio, basta remitirse a criterios ya mantenidos por esta Junta en anteriores informes.

3. En materia de incompatibilidades de miembros de las Corporaciones Locales, especialmente concejales, ha sido reiterado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el criterio de que en la actualidad se rigen por el artículo 20.e) de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas que, a su vez, se remite a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, sin que sean aplicables las incompatibilidades recogidas en la legislación de Régimen Local y, concretamente, en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de marzo de 1953, expresamente derogado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su disposición derogatoria única. En este sentido se resume la doctrina de la Junta en el informe de 10 de septiembre de 1997 (expediente 32/97) con cita y remisión a los informes de 16 de febrero y 8 de junio de 1994 (expedientes 3/94 y 4/94), en relación con la anterior legislación de contratos del Estado y a los informes de 18 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 (expedientes 60/96 y 6/97), en relación con la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin que se puedan realizar mas precisiones al respecto, al faltar los datos concretos de la titularidad de las empresa suministradoras al Ayuntamiento de El Carpio y de la participación en ellas de familiares del concejal sí conviene realizar algunas consideraciones sobre los efectos de la concurrencia de causa de incompatibilidad, distinguiendo entre contratos adjudicados, como parecen ser los que son objeto del presente expediente y contratos pendientes de adjudicar.

En cuanto a los contratos adjudicados la consecuencia prevista en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es clara, puesto que su artículo 22 señala que las adjudicaciones de contratos en favor de personas que se hallen comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20 serán nulas de pleno derecho, aunque dicha nulidad, en el presente caso, tendrá que traducirse, en su caso, en una indemnización de daños y perjuicios, no sólo porque los contratos, además de adjudicados han sido ejecutados, sino porque así se desprende de la regla contenida en el propio artículo 22 que admite la posibilidad de continuar la ejecución del contrato nulo de pleno derecho para evitar perjuicios al interés público correspondiente.

En cuanto a contratos pendientes de adjudicación, que no parece ser el caso consultado, si concurre causa de incompatibilidad, por estar financiado total o parcialmente por el Ayuntamiento u organismos públicos dependientes, la conclusión que hay que mantener es la resultante de la Ley de Régimen Electoral General, es decir, la imposibilidad de celebrar el contrato y la necesidad de optar el incompatible por el puesto de concejal, en cuyo caso no podría contratar, o por la celebración del contrato en cuyo caso debería cesar como concejal.

Lo hasta aquí expuesto se aplica sin dificultad a las personas relacionadas con los concejales a que se refiere el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes respecto de los que ostenten los concejales su representación legal, debiéndose reiterar, a efectos aclaratorios, que la incompatibilidad de estas personas deriva exclusivamente de la titularidad de las empresas que contratan o pretenden contratar con el Ayuntamiento, sin que a estas personas, por la misma razón que a los concejales, se les puedan aplicar las incompatibilidades previstas en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, hoy derogado expresamente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo que, prescindiendo de cuestiones ajenas a la contratación administrativa, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa reiterando criterios de anteriores informes entiende:

1. Que la incompatibilidad para contratar de concejales de Ayuntamientos es la resultante del artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, sin que resulte de aplicación el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, derogado por la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Los efectos de la concurrencia de causa de incompatibilidad y la extensión a personas citadas en el párrafo segundo del artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han de apreciarse de conformidad con los preceptos de la misma y de la Ley del Régimen Electoral General.

Informe 16/98, de 11 de junio de 1998. Varios. "Obligatoriedad del cumplimiento de los artículos 59 y 118 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, por el Consorcio de Mirall-Palma-Centro Histórico y posibilidad de sustituir la remisión de datos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por la que efectúe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares".

ANTECEDENTES.

Por el Gerente del Consorcio Mirall-Palma-Centro Histórico se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Constituido el Consorcio MIRALL-PALMA-CENTRO HISTÓRICO, cuyo objeto es promover y gestionar en colaboración con las instancias locales y autonómicas competentes, la recuperación integral del centro histórico de Palma de Mallorca y de aquellas zonas de la ciudad declaradas áreas de Rehabilitación, y habiendo iniciado su actividad, esta Gerencia solicita la aclaración de diversos puntos.:

Primero.- El artículo 58 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, establece: "Dentro de los tres meses siguientes a la formalización de contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, se remitirá por el órgano de contratación al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma, una copia certificada del documento mediante el que se hubiere formalizado el contrato, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 100.000.000 de pesetas, tratándose de obras y de gestión de servicios públicos: de 75.000.000 de pesetas, tratándose de suministros, y de 25.000.000 de pesetas, en los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración".

Segundo.- El art. 59 de la citada Ley establece: "En el mismo plazo señalado en el artículo anterior se remitirá por el órgano de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda la información sobre los contratos que reglamentariamente se determine, a efectos del cumplimiento de la normativa internacional. Asimismo se informará a la mencionada Junta de los casos de modificación, prórroga o variación del plazo y extinción normal o anormal de los mismos".

1. ¿Son de obligado cumplimiento estos preceptos para el Consorcio?.

2. ¿Teniendo en cuenta que en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se ha creado una Junta Consultiva debe entenderse que este órgano sustituye al del Ministerio de Hacienda?.

Tercero.- El art. 118 de la Ley establece: "Para permitir el conocimiento de los contratos celebrados por las distintas Administraciones Públicas y de sus adjudicatarios, se llevará un Registro Público de Contratos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, así como por los órganos correspondientes de las restantes Administraciones Públicas, manteniéndose la debida coordinación entre los mismos.

El Registro Público de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sustituirá el soporte de la estadística sobre contratación pública para fines estatales.

Reglamentariamente se determinará la forma en que se comunicarán los datos sobre los contratos adjudicados y sus modificaciones, prórrogas y cumplimiento al Registro Público de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la forma en que se harán públicos los datos aportados al citado registro a los efectos previstos en los apartados anteriores."

3. ¿Debe el Consorcio Mirall-Palma-Centre remitir al Registro Público de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, los datos que se establezca reglamentariamente?.

4. ¿Se entiende que deben remitirse a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita informe de esta Junta viene formulado por el Gerente del Consorcio Mirall-Palma-Centro Histórico.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 25 de octubre de 1993, de 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995 y de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición, entre otros, de los Presidentes y Directores Generales de Entes públicos, expresión que no puede ser entendida referida al Gerente del Consorcio, por lo que al formularse en el presente caso por el Gerente del Consorcio debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo anterior.

2. No obstante lo anterior, por el interés que puede presentar para supuestos similares, esta Junta cree conveniente hacer algunas breves consideraciones sobre las cuestiones suscitadas.

La sumisión del Consorcio a las obligaciones de los artículos 59 y 118 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene determinada por la sujeción del mismo a la totalidad de la Ley, de conformidad con la noción de Organismo de Derecho público que, procedente de las Directivas comunitarias, se incorpora al artículo 1 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que, en presente caso, no constando que el Consorcio a que se refiere la consulta no reúna los requisitos que determinan la sujeción a la misma, hay que mantener una contestación afirmativa en cuanto a la necesidad de cumplir las obligaciones previstas en los artículos 59 y 118 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, evidentemente, forman parte de dicha Ley.

En cuanto a la posibilidad de sustituir la remisión de datos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por la que se efectúe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares la contestación negativa se impone, no sólo porque los artículos 59 y 118 no figuran en la relación de normas no básicas de la disposición final primera, apartado 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sino, sobre todo, porque la disposición final segunda, apartado 2, guión cuarto, veda expresamente que la mención a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que se incluye en los artículos 59 y 118 pueda entenderse referida a órganos de otras Administraciones Públicas, como puede ser la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Tampoco resulta obstáculo para la aplicación de los citados artículos 59 y 118 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la remisión que en los mismos se realiza a normas reglamentarias, pues, hasta tanto se

promulguen nuevas normas, serán de aplicación las contenida en el Reglamento General de Contratación del Estado (artículos 334 y 335) y en la Orden de 30 de marzo de 1990, en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria única de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 20/98, de 30 de junio de 1998. Conceptos generales. "Consulta sobre interpretación de los artículos 141.d), 211.d) y 183.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre aplicación del procedimiento negociado".

ANTECEDENTES.

Procedente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito firmado por la Consejera de Obras Públicas y redactado en los siguientes términos:

"La aplicación del apartado d) de los artículos 141 y 211, así como del apartado e) del artículo 183, todos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, plantea dudas de interpretación en cuanto a los trámites necesarios para la adjudicación de estos contratos.

Por un lado cabría interpretar que al estar estos preceptos ubicados dentro del apartado regulador del procedimiento negociado sin publicidad se han de seguir todos los trámites que la Ley exige en cualquier procedimiento negociado, es decir, requeriría un proceso de licitación, así como los documentos necesarios para desarrollar este proceso.

Por otro lado, es posible la interpretación de que se trata de un procedimiento excepcional y que a pesar de estar recogido de forma conjunta con el resto de supuestos de aplicación del Procedimiento Negociado sin Publicidad, hay que considerar que aquellas obras, trabajos o suministros complementarios que sea necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, siempre que su importe total no exceda del 20 por 100 del precio del contrato (en el caso de obras y asistencia), y que no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal o que aunque puedan separarse de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, pueden adjudicarse directamente al contratista principal sin mas trámites que los establecidos en la propia Ley para estos supuestos, es decir, la definición de las obras o trabajos a realizar (proyecto o propuesta), con los mismos precios fijados contradictoriamente, la aprobación por el Órgano de Contratación, en su caso, del proyecto y del gasto y la resolución de adjudicación.

Por tanto, no sería necesario aprobar un nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares específico, pues regiría el del contrato principal, el presupuesto de adjudicación vendría definido por los precios del contrato principal o, en su caso, fijados contradictoriamente, la licitación no sería necesaria ya que el adjudicatario es el del contrato principal, ni sería necesaria propuesta alguna de la Mesa de Contratación.

Esta tesis tiene su fundamento en los mismos preceptos, cuando establecen que "las demás obras o trabajos complementarios que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente".

En consecuencia, parece que la pretensión del legislador haya sido darle a estos contratos un tratamiento excepcional, para en estos supuestos y con las limitaciones establecidas conseguir agilizar los procedimientos y cumplir mejor con el interés general. No obstante y ante las dudas que se plantean, solicitamos de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de un informe sobre la interpretación que se debe dar al apartado d) de los artículos 141 y 211 y

al apartado e) del artículo 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre el aspecto planteado.

Por último, y vinculado de forma directa con este asunto, se solicita igualmente un informe sobre la posibilidad de tramitar las obras, trabajos o suministros complementarios una vez que el contrato principal haya finalizado y, en concreto, sobre qué fases del procedimiento requieren, en su caso, que dicha vigencia subsista."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente se hace constar en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se plantean, cuyo examen y resolución han de realizarse separadamente. La primera consiste en determinar si en los supuestos contemplados en los artículos 141.d), 183.e) y 211.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referentes a obras, suministros y estudios, servicios o trabajos complementarios en los que puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad, la tramitación del mismo ha de seguir todos los trámites del procedimiento negociado o puede considerarse un supuesto excepcional en los que no se aplicarían mas trámites que la definición de las obras o trabajos a realizar (proyecto o propuesta), con los mismos precios o fijados contradictoriamente, la aprobación por el órgano de contratación, en su caso, del proyecto y del gasto y la resolución de la adjudicación, sin que resulte necesario aprobar un nuevo pliego, ni elaborar un nuevo presupuesto, ni propuesta alguna de la Mesa de contratación. La segunda cuestión planteada consiste en determinar la posibilidad de tramitar las obras, suministros, estudios, servicios o trabajos complementario una vez que el contrato principal haya finalizado y, en concreto, sobre qué fases del procedimiento requieren, en su caso, que dicha vigencia subsista.

2. La solución a la primera cuestión planteada -la posibilidad de aplicar solo determinados trámites del procedimiento negociado- ha de partir de la idea de que tal posibilidad ha de fundamentarse en preceptos concretos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, pues de no existir tales preceptos deben entrar en juego las reglas generales que en dicha legislación se consideran o resultan aplicables al procedimiento negociado.

Los únicos preceptos concretos que se citan en el escrito de consulta para fundamentar la posibilidad de exceptuar de determinados trámites la utilización del procedimiento restringido son los propios artículos 141.d) y 211.d) en cuanto vienen a establecer que las obras, estudios o servicios que no reúnan los requisitos para tener la consideración de complementarios "habrán de ser objeto de contratación independiente", pero a dicha expresión no puede dársele un alcance distinto al que tiene, si se observa, en primer lugar, que no se refiere a las obras, estudios o servicios complementarios sino a los que no reúnen tal carácter y, en segundo lugar, que con la referencia a contratación independiente, por una interpretación lógica y sistemática, se está aludiendo a la circunstancia de que en las obras, estudios o servicios no complementarios no podrá utilizarse el procedimiento negociado, sino que habrán de adjudicarse por los procedimientos en los que se actúa el principio de libre concurrencia, es decir, procedimientos abiertos y restringidos.

Por lo demás, las dos principales dificultades que, según se desprende del escrito de consulta, existen para la utilización de los trámites del procedimiento negociado y que son la necesidad de elaboración de nuevos pliegos y la intervención de la Mesa de contratación, deben descartarse como tales dificultades, ya que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, como definidores de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 50.1) y de las prescripciones técnicas que han de regir la ejecución de la prestación (artículo 52.1) han de ser elaborados para las obras, suministros y estudios, servicios o trabajos complementarios, sin que puedan automáticamente aplicarse los pliegos del contrato principal ya que las características jurídicas y técnicas de la prestación

complementaria, no es que puedan diferir, sino que normalmente diferirán, de las de la prestación principal o no complementaria. En cuanto a la intervención preceptiva de la Mesa de contratación en procedimientos negociados, novedad en relación con la legislación anterior del artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y especialmente aplicable a los citados procedimientos según el artículo 92, no debe quedar exceptuados los supuestos de los artículos 141.d), 183.e) y 211.d), por la misma razón de no estar exceptuada su intervención en los supuestos de los apartados b), c) y b) de los mencionados artículos que hacen referencia a la existencia de un solo contratista que pueda llevar a cabo la ejecución del contrato.

3. En cuanto a la segunda cuestión planteada -la posibilidad de tramitar obras, estudios, servicios o trabajos complementarios una vez que el contrato principal haya finalizado- la contestación negativa parece imponerse si se tiene en cuenta que tal posibilidad vendría a desnaturalizar el carácter de complementarios de las respectivas obras, estudios y servicios o trabajos, pues si el contrato ha finalizado, y dicha expresión debe reconducirse a la de terminación de la ejecución de la prestación principal que se produce en el sistema de la Ley con la recepción, difícilmente puede alcanzarse a comprender como puede cumplirse el requisito de que las prestaciones complementarias no puedan separarse técnica o económicamente de la prestación principal o sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento (artículo 141.d) o para las fases ulteriores (artículo 211.d), con independencia de que la solución positiva requeriría siempre la determinación legal de un plazo a partir de la recepción, -inexistente en la Ley- durante el que podrían contratarse por procedimiento negociado prestaciones complementarias.

La solución negativa que hemos referido a obras, estudios y servicios o trabajos complementarios tiene una excepción legalmente consagrada para los suministros, al establecer el artículo 183.e), con norma procedente de la Directiva 93/36/CEE, que la duración de las entregas complementarias así como de los contratos renovables no podrá, como regla general, ser superior a tres años.

Esta excepción deriva de la especial naturaleza del contrato de suministro, reflejada en la propia definición del supuesto de hecho, también procedente de la Directiva 93/36/CEE, que en contraposición a obras y a estudios, servicios o trabajos complementarios, ya no caracteriza a las prestaciones complementarias como las inseparables o estrictamente necesarias sino como la reposición de suministros o la extensión de los mismos cuando un cambio de proveedor de lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas y viene a demostrar que el plazo especialmente previsto para este supuesto no puede tener aplicación al de obras, estudios, servicios o trabajos complementarios.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en los supuestos previstos en los artículos 141.d), 183.e) y 211.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referentes a obras, suministros, estudios, servicios o trabajos complementarios deberán cumplirse los trámites previstos o que se desprenden de la Ley para el procedimiento negociado, siendo en particular requisito necesario la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y la intervención preceptiva de la Mesa de contratación.

2. Que las obras, estudios, servicios o trabajos complementarios no pueden contratarse una vez finalizada con la recepción, la ejecución de la prestación principal, aplicándose en el supuesto del contrato de suministro la prevención especial contenida en el artículo 183.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 21/98, de 30 de junio de 1998. Conceptos generales. "Calificación de un contrato cuyo objeto es la compra de semovientes".

ANTECEDENTES.
Por el Coronel encargado del despacho de la Jefatura del Servicio de Cría Caballar del Ministerio de Defensa se dirige a esta Junta Consultiva el siguiente escrito:

"El Organismo Autónomo: Fondo de Explotación de los Servicios de Cría Caballar y Remonta para cumplir una de sus principales misiones: mantenimiento y mejora de la cabaña equina tiene que realizar la compra de semovientes más idóneos.

Como consecuencia de la misma, se observa la problemática que a continuación se expone;

a) Duda por parte de este Organismo si dicha compra es o no un suministro.

b) Legislación a aplicar: Ley y Reglamento del Patrimonio del Estado o Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.

c) Cuando es de interés adquirir a un particular cuya actividad no es la propia ganadera, siendo poseedor el mismo de un semoviente útil para los fines del Servicio.

- *- Tipo y modelo de Contrato.*
- *- Documentación a exigir al propietario por parte del Organismo."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.
1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el mismo es suscrito por el Coronel encargado del despacho de la Jefatura del Servicio de Cría Caballar el Ministerio de Defensa.
Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997 y 11 de junio de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consulta formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de organismos autónomos y entes públicos, Interventor General de la Administración del Estado, Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, titulares de las Consejerías de Comunidades Autónomas y Presidentes de Entidades Locales. En consecuencia, al venir formulada la consulta por el Coronel encargado del despacho de la Jefatura de Cría Caballar, debe considerarse inadmisible dicha consulta, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo anterior.
2. No obstante lo anterior, a efectos clarificadores para supuestos similares, puede hacerse la indicación de que los semovientes, según los artículos 333 y 335 del Código Civil tienen la consideración de bienes muebles, que su adquisición por la Administración, por tanto, encaja en la definición del contrato de suministro del artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y así lo confirma el artículo 239 del Reglamento General de Contratación del Estado que debe

considerarse vigente en la parte que declara que la adquisición de semovientes se regirá por las normas del contrato de suministro y que las reglas de capacidad, adjudicación y formalización del contrato serán las propias del contrato de suministro, sin que presente especialidad alguna el que el vendedor o suministrador ejerza o no la actividad ganadera.

Informe 24/98, de 30 de junio de 1998. Fianzas y garantías. "Posibilidad de proceder a la incautación de la garantía provisional constituida en los supuestos de presunción de temeridad por considerar que existe retirada injustificada de ofertas".

ANTECEDENTES.

Por el Director del Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"La Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la realización de las obras necesarias para la adecuada gestión y conservación de su propio patrimonio, una vez elaborados por sus servicios técnicos los respectivos proyectos, procede a la convocatoria de las correspondientes subastas con el objeto de poder seleccionar las empresas que llevarán a cabo la ejecución de las citadas obras.*
>
> *Con frecuencia, una vez examinadas las ofertas económicas de los licitadores y realizada por la Mesa la propuesta de adjudicación a la oferta más económica y estando la misma, incursa en presunción de temeridad, de acuerdo con el art. 109 del Decreto 3410/1997, se procede, de acuerdo con el art. 84.3 de la Ley 13/1995, a solicitar información sobre su oferta al licitador o licitadores incursos en presunción de temeridad. Sin embargo en ciertas ocasiones determinadas empresas, o bien no formulan contestación alguna, o bien se excusan haciendo referencia a la existencia de errores involuntarios en sus ofertas (errores aritméticos, falta de previsión del I.V.A., etc...), o bien alegan la imposibilidad de asumir el coste de una fianza definitiva por el importe total del contrato adjudicado.*
>
> *En estas situaciones los servicios técnicos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria carecen lógicamente de la información necesaria para valorar si la oferta incurre realmente en baja temeraria o por el contrario puede ser realizada de forma satisfactoria, con lo que finalmente se desechan estas ofertas, procediéndose a la adjudicación del contrato a otro licitador.*
>
> *La relativa frecuencia con que se producen este tipo de situaciones da lugar a que se nos planteen dudas razonables sobre la seriedad de estas ofertas, lo que unido al perjuicio que se causa a la Administración, que se traduce en una perturbación y consiguiente retraso en la tramitación del procedimiento de adjudicación, nos lleva a solicitar informe sobre qué actuaciones se pueden adoptar ante este tipo de situaciones y, en especial, si procedería la incautación de la fianza provisional constituida por la empresa."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el escrito en el que se solicita informe de esta Junta viene formulado por el Director del Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica de la Agencia Estatal Tributaria.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 25 de octubre de 1993, de 22 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1995, de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997, y de 11 de junio de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto

establece que la Junta emitirá sus informes a petición, entre otros, de los Presidentes y Directores Generales de Entes públicos, expresión que, por comparación con las demás personas u órganos que cita el mismo artículo en relación con la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, no puede ser entendida referida al Director del Departamento de Recursos Humanos y Organización Económica de la Agencia, sino a los más altos cargos representativos del Ente público, por lo que al formularse en el presente caso por el Director del Departamento, debe considerarse no admisible la consulta formulada, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas u órganos que menciona el artículo 17 citado.

2. No obstante lo anterior, y por el interés que pueda suscitar para casos similares, esta Junta considera conveniente realizar algunas precisiones en relación con el extremo consultado en los términos generales con que se plantea en el escrito de consulta.

La incautación de las garantías provisionales, en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procede, aparte del supuesto específicamente previsto en el artículo 55.3 para el caso de resolución por falta de formalización por causas imputables al contratista, en todos los casos de retirada injustificada de ofertas, pues la garantía provisional responde de la seriedad de las ofertas, como ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 15 de abril de 1993 (expediente 2/93) y de 16 de febrero de 1994 (expediente 31/93), cuya fotocopia se acompaña.

En el supuesto de bajas temerarias o incursas en presunción de temeridad es evidente que la falta, por causas imputables al licitador, de contestación a la solicitud de información sobre la oferta que efectúa el órgano de contratación, prevista en el artículo 84.3 de la Ley, equivale a una retirada injustificada de la oferta, dado que la proposición no debe estimarse completa ni permite la adjudicación del contrato, sin la práctica de esta información, debiendo mantenerse igual conclusión respecto a la imposibilidad de asumir el coste de la garantía definitiva del 100 por 100, pues, cualquiera que sea la consideración de lege ferenda que merezca esta última, lo cierto es que está recogida en una norma legal, cuya alegación no debe servir para eludir la posible adjudicación del contrato. En cuanto a los errores materiales debe sostenerse igual conclusión siempre que, conforme a los criterios de los informes citados de esta Junta, no se acredite el carácter de tales errores y que los mismos no son imputables al licitador que formula la proposición.

Informe 27/98, de 11 de noviembre de 1998. "Ponderación del criterio del precio en concursos.

ANTECEDENTES

Por la Presidenta de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia del Ministerio de Educación y Cultura se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

Por el Servicio Jurídico del Ministerio de Educación y Cultura se ha facilitado a este Organismo copia del dictamen de 23 de enero de 1997, de la que, a su vez, se acompaña copia, que la Comisión Europea dirige al Gobierno español, a través del Ministro de Asuntos Exteriores, en la que, con respecto a un anuncio de licitación de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias para la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia, se indica que al haberse establecido en el pliego que se atribuirá la máxima puntuación a la oferta más cercana a la media aritmética de todas las presentadas, se infringe el apartado 1, letra a) del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Considera la Comisión Europea que en este caso el poder adjudicador estaría haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del artículo 37 de la Directiva, pues no se entiende que en la valoración del precio no se puntúe más la mejor oferta, sino la "más mediana", de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima de todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio del as otras, y no la más rápida.

Si bien el caso concreto se refiere a un contrato de consultoría ya asistencia, la tesis sería idénticamente aplicable a los contratos de obras en cuyos pliegos figurasen cláusulas de valoración de la oferta económica de idéntico o similar contenido a la que ha motivado el escrito de la Comisión Europea.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por esta Gerencia para la adjudicación de obras de concurso procedimiento abierto se dispone que: "En la valoración del concurso, la oferta económica se tendrá en consideración conjuntamente con los demás criterios, valorándose en función a la proximidad a la media resultante de todas las admitidas menos un 5%. Para el cálculo de dicha media se eliminarán aquellas ofertas económicas cuyo porcentaje de baja exceda en 5 unidades, en más o en menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las ofertas admitidas".

En los pliegos para la adjudicación de contratos de consultoría y asistencia se establece parecido criterio de valoración, con la diferencia de que la valoración se hará en función a la proximidad a la media de todas las ofertas admitidas, sin reducción de porcentaje alguno y que se eleva a 10 unidades el porcentaje de baja de las ofertas económicas que se eliminarán para el cálculo de dicha media.

Es significativo señalar que, en ambos casos, la eliminación de las ofertas que excedan en un determinado número de unidades del porcentaje de baja de todas las proposiciones admitidas viene referida únicamente a su no consideración para el cálculo de la media sobre la que se efectuará la valoración por la Mesa de contratación, sin que en modo alguno comporte la eliminación de estas ofertas del

concurso, lo que supondría aplicar a esta forma de adjudicación el criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado y el artículo 23 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que sería contrario a nuestro ordenamiento legal que se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, tal como señaló esa Junta en su informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96).

Resulta evidente, pues, que lo manifestado por la Comisión Europea tiene directa incidencia en la contratación que este Organismo viene celebrando y al respecto cabe precisar, como primera consideración sobre este asunto, que se estima que la referida carta no es de obligado cumplimiento en sí misma, sino que abre la vía del artículo 169 del Tratado CEE, por lo que la Comisión, tras estudiar las observaciones que le hubiese manifestado el Gobierno español, podrá emitir un dictamen motivado al respecto y si el Gobierno no se atuviese a este dictamen, en el plazo determinado por la Comisión, ésta podría recurrir al Tribunal de Justicia.

Por otra parte, ese órgano consultivo ha considerado que el criterio de que sean objeto de mejor valoración aquellas ofertas que más se aproximen a la media o bien a esta media corregida en un determinado porcentaje cumple la exigencia de objetividad que ha de darse en el establecimiento de los criterios de adjudicación del concurso y en la valoración de los mismos, como textualmente señala en las consideraciones de su informe de 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97) posterior, por tanto, a la carta de la Comisión Europea.

En este mismo informe y relacionándolo con el ya citado de 5 de junio de 1996 se dictamina que "...sin perjuicio de que en los pliegos de los concursos mediante el juego de los criterios objetivos para la adjudicación y su obligada ponderación, se puedan establecer sistemas para valorar adecuadamente las proposiciones temerarias o desproporcionadas, por lo que resulta imposible la propuesta de excluir proposiciones incursas en presunción de temeridad, sin perjuicio de que a las mismas les pueda corresponder una puntuación equivalente a 0 en la valoración del criterio del precio".

Por lo expuesto, y dada la incidencia ya puesta de manifiesto que la tesis sostenida por la Comisión Europea puede tener en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, por tanto, en la contratación no sólo de este Organismo sino de aquellos otros que utilicen fórmulas de valoración semejante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/191, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita de ese Organismo emita informe sobre las siguientes cuestiones:

11. ¿El escrito de la Comisión Europea de 23 de marzo de 1998 es de aplicación inmediata y como consecuencia de la tesis que en el mismo se manifiesta, se precisa la rápida modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares para adaptarlos a dicha tesis?

21. Con independencia de la respuesta a la anterior cuestión ¿sería ajustado a la normativa comunitaria el establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como criterio de valoración de la oferta económica, que obtendría mayor puntuación la más económica de aquéllas cuyo porcentaje de baja no exceda en un determinado número de unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y la mínima aquéllas ofertas cuyo porcentaje de baja excediese en ese número de unidades a la media, fórmula ésta con la que se cumplimentarían los criterios sostenidos en los informes ya citados de 5 de junio de 1996 y 20 de marzo de 1997?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada hay que realizar algunas consideraciones sobre las funciones de la Comisión Europea y de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dado que expresamente se consulta si el escrito de la Comisión Europea de 23 de marzo de 1998 -debe referirse al de 23 de enero de 1997- es de aplicación inmediata y obliga a la rápida modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y la casi totalidad del escrito de consulta se centra en solicitar el criterio de la Junta sobre la opinión de la Comisión consignada en el citado escrito producido en expediente de infracción instruido con motivo de un anuncio de licitación de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias para la adjudicación, por procedimiento abierto, de un contrato de consultoría y asistencia para la redacción del estudio informativo titulado "Carretera de Agaete-San Nicolás de Tolentino-Mogán. Isla de Gran Canaria" afirmando la Comisión que al haber dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones y al haberlo aplicado así en la práctica, según consta en el informe de evaluación, que, al considerar al criterio de la oferta económica (precio) se valorarán especialmente las cuantías que más se aproximen a la media aritmética de todas las ofertas admitidas el poder adjudicador ha desvirtuado la noción de "oferta económicamente más ventajosa" infringiendo así el apartado 1, letra a) del artículo 36 de la mencionada Directiva (hace referencia a la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios).

2. La Comisión Europea despliega su actividad en el marco de las facultades y competencias que resultan de los Tratados, entre ellas, velar por la aplicación que la Comisión considera correcta del derecho comunitario en los Estados miembros, correspondiéndole la facultad de instruir expedientes de infracción que, previo el denominado "dictamen motivado", pueden desembocar en una demanda ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al que, en definitiva, compete definir la interpretación correcta del derecho comunitario.

Con ello se quieren resaltar, contestándose a la primera pregunta formulada, que las opiniones de la Comisión Europea, vertidas en un expediente de infracción instruido en un órgano de contratación no vinculan a otros órganos de contratación, ni obligan a una modificación inmediata de los pliegos, lo que deberá suceder si el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncia en sentido favorable a las pretensiones de la Comisión.

Por otro lado, no existe obstáculo jurídico para que un órgano de contratación determinado, en este caso, la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia, acepte las opiniones y criterios de la Comisión Europea expuestos en el expediente de infracción instruido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias y proceda facultativamente, no preceptivamente, a modificar sus pliegos para acoger las tesis de la Comisión Europea.

3. En cuanto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la citada Junta, se desprende que le corresponde emitir informes con el carácter y alcance que resultan del artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, informes no vinculantes

que, por tanto, no pueden pretender resolver, si existieran, discrepancias de un órgano de contratación con los criterios de la Comisión Europea.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pasa a abordar la cuestión de fondo suscitada, reiterando criterios ya expuestos en anteriores informes.

4. La cuestión de fondo suscitada -que es la de la valoración del criterio del precio en concursos- ha sido examinada por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 5 de junio de 1996 (Expediente 18/96) y 20 de marzo de 1997 (Expediente 8/97), a cuyos razonamientos resulta ahora procedente remitirse.

En dichos informes esta Junta razonaba sobre las diferencias entre subasta y concurso, tanto en las Directivas comunitarias como en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre el carácter flexible de la ponderación de los criterios de adjudicación del concurso, sobre la imposibilidad de aplicar a los concursos el criterio puramente matemático reflejado en le artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado y sobre la única exigencia de las Directivas comunitarias y, por tanto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tanto en subastas, como en concursos, consistente en que el órgano de contratación antes de rechazar una oferta anormalmente baja verifique la composición de la oferta para comprobar la posibilidad de su cumplimiento.

Reiterando, por tanto, estos criterios en el supuesto presente esta Junta considera que la valoración del criterio del precio en el concurso no puede en absoluto identificarse con la valoración del mismo criterio en la subasta y que cuando las Directivas hablan de la oferta económicamente más ventajosa lo están haciendo en un sentido que no puede hacer referencia al precio que, incluso puede no existir, aunque sea un supuesto excepcional, en un concurso, como ha reconocido esta Junta en su informe de 24 de octubre de 1995 (Expediente 28/95), por lo que procede concluir que las fórmulas para la valoración del precio en concursos, siempre que cumplan el requisito de no poder descartar automáticamente aquéllas que puedan considerarse anormalmente bajas, no contradicen, ni la letra, ni el espíritu, de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los criterios de la Comisión Europea sentados en un expediente de infracción instruido a un órgano de contratación no vinculan a otros órganos de contratación, aunque estos últimos pueden aceptar libremente tales criterios.

2. Que, a diferencia de la subasta, en el concurso hay que admitir diversas fórmulas de valoración del precio, en el supuesto en que se utilice este criterio, siempre que no contradigan el requisito de las Directivas comunitarias y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de no poder rechazar automáticamente propuestas anormalmente bajas sin proceder a su verificación y comprobación de su viabilidad.

Informe 31/98, de 11 de noviembre de 1998. "Discrepancia de criterio en informes entre el Servicio Jurídico y la Intervención Delegada en orden a la prescripción de las obligaciones económicas resultantes de la liquidación de contratos".

ANTECEDENTES

Por el Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Como consecuencia de los temporales sufridos en la Comunidad Valenciana durante los primeros días de noviembre de 1987, se produjeron incontables daños en infraestructuras, por cuya razón el Gobierno Valenciano acordó el acometimiento inmediato de las actuaciones precisas para la reparación y reposición de las infraestructuras dañadas.

La Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, entre otras y al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado, contrató las obras para la "Limpieza y reparación del alcantarillado en varios municipios de Valencia y Alicante" (expediente 97-10-0523) y para la "Limpieza del alcantarillado y reparación de varios colectores de Alzira (Valencia)" (expediente 97-10-0524).

Las obras de "Limpieza y reparación del alcantarillado en varios municipios de Valencia y Alicante" fueron adjudicadas a la empresa "ENTRECANALES Y TAVORA, S.A.", por Resolución del Conceller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de fecha 9 de diciembre de 1987, por un importe estimado de 75.000.000 ptas. Posteriormente se formalizó el contrato el 18 de enero de 1988.

No consta en el expediente acta de recepción de las obras, si bien cabe suponer que finalizaron el 14 de octubre de 1988, como se indica en el informe de supervisión del proyecto de liquidación única y definitiva de la obra indicada.

Las obras de "Limpieza del alcantarillado y reparación de varios colectores de Alzira (Valencia)" fueron asimismo adjudicadas a la empresa "ENTRECANALES Y TAVORA, s.a" por Resolución del Conceller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de fecha 19 de Enero de 1988 y por un importe estimado de 225.000.000 pta. Posteriormente se formalizó el contrato el 3 de febrero de 1988, e igualmente cabe suponer que finalizaron el 14 de octubre de 1988, según indica el informe de supervisión del proyecto de liquidación única y definitiva de la obra indicada.

Se desprende de los informes de supervisión mencionados anteriormente que las obras fueron ejecutadas a satisfacción de la Administración, puesto que los diferentes colectores municipales fueron entrando en servicio a medida que iba terminándose su limpieza y reparación, no obstante lo cual, nunca llegaron a recibirse formalmente por diversas circunstancias.

En 30 de junio de 1996 se redactaron finalmente los proyectos de liquidación de las mencionadas obras, resultando un saldo a favor del contratista de 1.166.421 pta. y 6.819.125 pta., respectivamente.

La Subsecretaría de Obras Públicas aprobó ambos proyectos de liquidaciones definitivas en fecha 18 de Noviembre de 1997, proponiendo que se declarasen prescritas las obligaciones de abonar al contratista los saldos resultantes de tales liquidaciones, por entender que se produjo la recepción definitiva tácita de las obras el 14 de noviembre de 1989, una vez transcurrido el plazo de garantía establecido en el contrato que era de un año, unido a su uso sin reservas por parte de la Administración.

De conformidad con lo establecido en el art. 84.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con fecha de 25 de noviembre se concedió audiencia al contratista por plazo de 10 días hábiles, a los efectos de que manifestase y presentase las alegaciones que considerase oportunas, de forma conjunta para los expedientes de referencia.

Mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 1997, la empresa "NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.", que se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones de la anterior ENTRECANALES Y TAVORA, S.A. mediante escritura notarial de 24 de abril de 1.997, procede a formular alegaciones en las que, manifestando su disconformidad con la propuesta, solicita se apruebe la liquidación definitiva de las obras mencionadas y el pago a la empresa del saldo resultante, así como que se proceda a la devolución de las garantías definitivas constituidas en su día para tales obras.

El contratista alega que la liquidación final o definitiva de las obras debe llevarse a cabo por la Administración contratante, con lo que, si la misma, por razones exclusivamente a ella imputables, no da cumplimiento a la obligación que le incumbe, en ningún caso puede trasladar los efectos de tal incumplimiento a la otra parte contratante, beneficiándose, además, de su propio incumplimiento, lo que por otra parte no es sino un principio comúnmente admitido por la jurisprudencia y la doctrina de que "nadie debe beneficiarse de su propia torpeza" o dicho de otra forma "non aditur propiam allegans turpitudinem".

Solicitado informe al Servicio Jurídico, éste informa desfavorablemente la propuesta de Resolución que declara prescrita la obligación de abonar a la empresa NECSO el saldo de liquidación, en sendos informes de 4 de febrero de 1998, basándose a las siguientes consideraciones jurídicas:

Con la terminación de la obra se abre la fase de consumación del contrato. Como dice el art. 169 del RCE "el contrato de obra concluye normalmente por el total cumplimiento de las recíprocas obligaciones convenidas entre la Administración y el contratista", lo que no es más que una aplicación concreta de la norma general que exige la íntegra prestación para que el deudor quede liberado, pues "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecha la prestación en que la obligación consistía" (art. 1157 del Código Civil).

En el presente supuesto no ha habido recepción formal de las obras, si bien es evidente que éstas finalizaron a su debido tiempo, tal como se indica en el informe de la Oficina de Supervisión, ya que acabaron el 14 de octubre de 1988 y fueron ejecutadas a satisfacción de la Administración, puesto que los diferentes colectores entraron en servicio según iba terminándose su limpieza y reparación.

En estos supuestos, tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado han venido considerando que se produce una "recepción tácita" de la obra. Se puede decir que existe una recepción tácita cuando la Administración, sin hacer ninguna manifestación en este sentido, realiza uno o varios actos que necesariamente implican

una voluntad de aprobar y hacerse cargo de la obra. La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite sin reservas las posibilidades de una recepción de obra tácitamente producida, es decir, deducida de los propios actos de la Administración o, como dice la sentencia de 26 de Mayo de 1981, "derivada de una situación administrativa de facto suficientemente comprobada". El Consejo de Estado también ha admitido la existencia de recepciones provisionales tácitas, con efectos desde el momento en que materialmente se producen, aunque no se hayan observado las formas prescritas.

Habiéndose producido una recepción tácita de la obra por parte de la Administración, uno de los efectos de la recepción de las obras es la obligación que tiene la Administración de practicar la liquidación correspondiente de dichas obras, para lo cual el art. 148.1 de la LCAP le concede un plazo de seis meses y asimismo la cláusula 78 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del estado encomienda al director de la obra la redacción de la liquidación definitiva, concediéndole para ello un plazo de 3 meses, desde la recepción definitiva, es decir, la mitad del tiempo de que dispone la Administración. Resulta patente que la Administración ha incumplido inexplicablemente estos plazos, pues las obras finalizaron en 1988 y las liquidaciones de las mismas con saldos a favor del contratista, se realizan en 30 de junio de 1996.

En consecuencia, entiende que las alegaciones del contratista deben ser admitidas porque, siendo cierto que la demora en practicar la liquidación del contrato ha sido imputable a la Administración, este incumplimiento no puede tener efectos negativos sobre el propio contratante. La jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta abundante en este sentido, reconociendo incluso la obligación de indemnizar por parte de la Administración, los daños y perjuicios que tal retraso haya producido en el contratista. Dicha jurisprudencia se plasma, entre otras, en la STS de 30 -1-84, 30-10-85, 20-12-85 y 26-3-90. Y éste criterio, además se encuentra plasmado en el art. 48.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que establece que "transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías, siempre que no sea hayan producido las responsabilidades a que se refiere el art. 44".

Respecto a la aplicación al supuesto presente de lo dispuesto en el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana, el Servicio Jurídico entiende que el criterio interpretativo dado por la Intervención Delegada a dicho artículo, en el sentido de entender que la obligación de efectuar la liquidación del contrato ha prescrito, pues la obligación de pago se perfeccionó con fecha 14 de mayo de 1990, es decir transcurridos los seis meses que la Administración tenía de plazo para efectuar la liquidación del contrato, no es correcto. Y ello porque, además de lo expresado anteriormente, el momento en que debe contarse el plazo de prescripción es desde su reconocimiento o liquidación respectivas, lo cual no se produce hasta 1996, momento en que se efectúa la misma por el director de las obras y se cuantifica expresamente el saldo resultante, en este caso a favor del contratista, de la liquidación del contrato. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 14-2-1983, señalando que el "dies a quo" de una posible prescripción ha de arrancar del momento de la liquidación definitiva.

Por lo ya expuesto, y a tenor del criterio señalado, procede admitir las alegaciones de la empresa contratista reconociendo su derecho a percibir la cantidad resultante de la liquidación practicada, con devolución de la garantía prestada en su momento, sin que resulte procedente invocar la prescripción del mismo al amparo del art. 18 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana.

En el informe fiscal, la Intervención Delegada entiende que procede aprobar los proyectos de liquidaciones definitivas, pero declarando prescritas las obligaciones de abonar al contratista el saldo resultante, y acordar la devolución de las fianzas definitivas en su día constituidas, basando su opinión en las siguientes consideraciones jurídicas:

Tal como indica el Servicio Jurídico, al presente supuesto es plenamente aplicable lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991 (Diario Oficial de la Generalidad Valenciana n1 1588 de 17/7/91), pues así lo establecen sus artículos. 1 y 2, por tratarse de obligaciones económicas cuya titularidad corresponde a la Generalidad Valenciana.

El artículo 18.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana dispone que "El derecho al reconocimiento, liquidación y pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas prescribirá a los cinco años, contados desde el nacimiento de las obligaciones o desde su reconocimiento o liquidación".

Considera la Intervención Delegada que el nacimiento de las obligaciones económicas derivadas de la liquidación definitiva del contrato se produce al concluir el plazo de seis meses desde la recepción definitiva que establece el art. 176 del Reglamento General de Contratación del Estado, momento a partir del cual la Administración incurre en mora y el contratista tiene derecho a percibir el interés legal del saldo a su favor, abundando en el expresado criterio el art. 4 del Decreto 31/1988, de 21 de marzo, del Consell de la Generalidad Valenciana, por el que se regula el nacimiento efectivo de sus obligaciones de pago, al disponer que el nacimiento efectivo de la obligación para el pago, en su caso, del saldo a favor de la contrata en liquidación definitiva, será a partir de los tres meses de la práctica de la liquidación, en su plazo reglamentario, plazo que la cláusula 78 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, fija en tres meses a contar desde la recepción definitiva.

En consecuencia, fiscaliza favorablemente la propuesta de Resolución de la Subsecretaría de Obras Públicas sobre aprobación del proyecto de liquidación definitiva y de declarar prescrita la obligación de abonar al contratista el saldo resultante, con devolución de la garantía definitiva en su día constituida.

A la vista de las opiniones jurídicas manifestadas por el Servicio Jurídico y la Intervención Delegada de la Consellería, ambas manifiestamente contrapuestas, el Servicio de Contratación y Expropiaciones, encargado de la gestión de los expedientes, propone que antes de resolver, se solicite informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por lo cual se eleva la siguiente consulta acerca de la prescripción del derecho al cobro del saldo resultante de la liquidación por parte del contratista cuando, no habiendo recepción formal y expresa de las obras contratadas, la liquidación de las mismas se efectúa por la Administración transcurridos más de cinco años desde que debió llevarse a cabo:

Interesa conocer:

11.- Si tal como indica el Servicio Jurídico no procede declarar prescrita la obligación de abonar a la empresa el saldo resultante, puesto que no puede alegar la prescripción la Administración que no ha cumplido sus obligaciones contractuales.

21. Si, por el contrario, según argumenta la Intervención Delegada, ha prescrito tal obligación, en virtud de la disposición contenida en el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, y en dicho supuesto, cual es la fecha de inicio del plazo de prescripción.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Tal como se expresa en el escrito de consulta se solicita de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que dirima una controversia surgida entre el Servicio Jurídico y la Intervención Delegada acerca del tema de la posible prescripción de las liquidaciones de las obras correspondientes a "Limpieza y reparación del alcantarillado en varios municipios de Valencia y Alicante", adjudicada por el Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes por resolución de 9 de diciembre de 1987 y a "Limpieza del alcantarillado y reparación de varios colectores de Alzira (Valencia)" adjudicadas por el mismo Consejero mediante resolución de 19 de enero de 1988, arrojando los proyectos de ambas liquidaciones un saldo a favor del contratista de 1.166.421 pesetas y 6.819.125 pesetas, respectivamente. Por ello, la primera cuestión se centra en examinar y analizar el alcance y significado de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en estos supuestos de discrepancia entre dos órganos -el Servicio Jurídico y la Intervención Delegada- de una misma Administración Pública.

2. Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y significado de sus informes sentando el criterio de que nuestro ordenamiento no establece un sistema de alzadas en materia de informes jurídicos, de manera que los de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sirvan para desvirtuar el contenido de otros informes que obren en el expediente y que muy claramente deja en libertad a los órganos de contratación, salvo en los supuestos excepcionales de informes vinculantes, de seguir o apartarse de los criterios de los informes emitidos sin más requisito, en la segunda alternativa, que motivar adecuadamente su decisión.

Concretamente, en su informe de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 62/96), en un supuesto muy similar al presente de discrepancia de una Consejería de una Comunidad Autónoma con los criterios del informe preceptivo del Servicio Jurídico sobre un pliego de cláusulas administrativas particulares esta Junta Consultiva realizaba las siguientes consideraciones:

«Dejando aparte el supuesto de informes vinculantes, equivalentes a verdaderas resoluciones, los no vinculantes tienen la finalidad de ilustrar al órgano consultante sobre la decisión a adoptar, sin que quede vinculado por el contenido del informe, sino que puede apartarse de sus criterios sin otro requisito que el motivar su decisión, según resulta del artículo 54.1,c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor, serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos.

Atribuida por el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la facultad de informar los pliegos de cláusulas administrativas particulares al servicio jurídico respectivo y, en el caso del Principado de Asturias, emitido este informe en relación con los pliegos que se le someten, a este efecto, aunque en sentido desfavorable a los mismos, resulta evidente la facultad que tiene la Consejería de Fomento de aprobar los pliegos, apartándose del criterio del Servicio Jurídico, sin que

para ello sea necesario acudir a informes de Catedráticos, utilizar los criterios de informes del Servicio Jurídico del Estado o los de esta propia Junta que, al no ser vinculantes, dejarían al órgano consultante en la misma libertad de decisión, teniendo en cuenta, por lo razonado, la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de recursos de alzada contra los informes jurídicos, partiendo, por el contrario del idéntico valor e idénticos efectos de todos ellos».

Los razonamientos transcritos son perfectamente aplicables al supuesto que se somete a consulta, pues si la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana discrepa de los criterios mantenidos por su Servicio Jurídico en orden a la posible prescripción de las liquidaciones de obras adjudicadas por la propia Consejería en los años 1987 y 1988, puede perfectamente adoptar la decisión correspondiente debidamente motivada, sin que, en este caso este requisito presente especiales dificultades al consistir dichos motivos en los criterios de la Intervención Delegada opuestos a los del Servicio Jurídico.

3. A mayor abundamiento y con independencia de lo hasta aquí expuesto debe señalarse lo improcedente de la forma en que se plantea la consulta, al consistir en un mero escrito de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana, sin adjuntar al mismo los informes emitidos y sin acreditar datos, sino simplemente poniéndolos de relieve, con la importancia decisiva que tales datos acreditados tienen para resolver un problema como el de la prescripción y para enjuiciar principios básicos del ordenamiento jurídico que han de influir necesariamente en la solución que se adopte. En consecuencia, de los términos en que aparece redactado el escrito de consulta, parece que solo se exige un pronunciamiento simple de esta Junta Consultiva sobre si tiene razón el Servicio Jurídico o la Intervención Delegada en orden a la cuestión suscitada, lo que, como hemos indicado queda fuera del posible contenido de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no deben realizar pronunciamiento alguno en relación con la cuestión de fondo consistente en la discrepancia surgida entre el Servicio Jurídico y la Intervención Delegada sobre posible prescripción de liquidaciones de contratos de obras adjudicados por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana.

Informe 33/98, de 11 de noviembre de 1998. "Plan de pensiones del personal del Ayuntamiento. No aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Picassent (Valencia) se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa indicando lo siguiente:

«El Ayuntamiento de Picassent va a iniciar las actuaciones pertinentes para promover un Plan de Pensiones del Personal.

Planteada duda sobre la aplicación de la Ley 13/95, en dicho expediente por lo que se refiere a la selección del contratista, se dirigió escrito en primer lugar a la Dirección General de Seguros, la cual nos ha manifestado que no es de su competencia, mediante escrito que le adjunto, por lo cual se eleva a ese Consejo la consulta efectuada, para que informe al respecto.»

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo la siguiente documentación:

a) Escrito de consulta a la Dirección General de Seguros en el que se hace constar que el Ayuntamiento tiene intención de suscribir un plan de pensiones, por el sistema de empleo, para todo el personal y que iniciadas las conversaciones con el Comité de Empresa y Junta de Personal Funcionario, se plantean diversas dudas en cuanto a la tramitación del mismo y en concreto sobre la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 8/87, de 8 de junio y su Reglamento y de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que se refiere a la selección del contratista y la competencia del órgano para su adjudicación, sin perjuicio del respeto estricto a la normativa específica de los planes de pensiones y a la presencia, con mayoría absoluta de los trabajadores en la Comisión que hará las veces de Mesa de contratación.

En este escrito se afirma que se adjunta a la Dirección General de Seguros informe de la Secretaría General al respecto que, sin embargo, no ha sido remitido a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

b) Informe del Subdirector General de Planes y Fondos de Pensiones de la Dirección General de Seguros, de fecha 13 de mayo de 1998, del siguiente tenor literal:

«Con relación a la consulta planteada sobre la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 8/1987, de 8 de junio y su Reglamento para formalizar un Plan de Pensiones del sistema de empleo, para todo el personal del Ayuntamiento de Picassent (Valencia), hemos de señalar lo siguiente:

La Disposición Adicional Undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha dado nueva redacción a la Disposición Final Segunda de la Ley 8/1987, de Regulación de los Planes de Fondos de Pensiones, que actualmente declara expresamente lo siguiente:

"Los Organismos de la Disposición Adicional Cuadragésimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, podrán promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos en los términos previstos en la presente Ley y desde su promulgación".

La formalización de un Plan de Pensiones está regulada en el artículo 91 y siguientes de la Ley y en el artículo 211 siguientes del Reglamento.

Respecto a la aplicación de la Ley 13/1995 de Contratos para las Administraciones Públicas, por lo que se refiere a la elección del contratista y la competencia del órgano competente municipal para su adjudicación, hemos de señalar que no corresponde a este Centro Directivo el control y supervisión de la aplicación de la citada norma.

No obstante, debemos precisar que el artículo 91 de la Ley 8/1987 y el 211 de su Reglamento citados anteriormente establecen que la iniciativa para formalizar un Plan de Pensiones corresponde al Promotor, en este caso, al Ayuntamiento de Picassent, pero una vez realizado el trámite de elección de la "Comisión Promotora", será ésta la competente y no el Promotor (aunque éste esté debidamente representado en la misma), la que presente el proyecto ante el Fondo de Pensiones, que a su vez tendrá una Entidad Gestora que lo represente.

Cuestión distinta sería la habilitación presupuestaria que en cada ejercicio pueda tener la Corporación Local para realizar aportaciones al plan de pensiones el concepto bajo el cual puede preverse dicho gasto y la aplicación de los mecanismos de intervención del mismo».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La intervención, por vía de informe, de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha de limitarse a la materia estricta de contratación administrativa, por resultar así del artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dado que la facultad que el artículo 17 de la misma atribuye a los titulares de Consejerías de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de Entidades Locales de solicitar informes a la Junta ha de entenderse limitada a la materia que constituye su específica competencia, es decir, a la contratación administrativa.

Queda fuera de la competencia de esta Junta, por tanto, la posibilidad de que los Ayuntamientos promuevan Planes y Fondos de Pensiones, extremo sobre el que se ha pronunciado en sentido afirmativo la Subdirección General de Planes y Pensiones de la Dirección General de Seguros, y todos aquellos extremos a que se hace referencia en la última parte de su informe, es decir, la habilitación presupuestaria que en cada ejercicio pueda tener la Corporación Local para realizar aportaciones al plan de pensiones, el concepto bajo el cual pueda preverse dicho gasto y la aplicación de los mecanismos de intervención del mismo.

2. La cuestión queda centrada en determinar si la actividad promotora de un Plan y Fondo de Pensiones por parte de un Ayuntamiento queda sujeta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cual presupone pronunciarse sobre si en dicha actividad el Ayuntamiento celebra contratos, siendo indiferente a este respecto que los mismos sean calificados como administrativos o privados, pues todos ellos, a tenor del artículo 9 de la Ley, quedan sujetos en su preparación y adjudicación a sus preceptos.

La solución afirmativa -la celebración de un contrato- llevaría a la conclusión de que sería de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo en cuanto al trámite estricto de adjudicación o selección del contratista sino en todas las fases relativas a la preparación y adjudicación del contrato, entre ellas la elaboración del correspondiente pliego, debiendo descartarse expresamente que la Mesa de contratación, como se apunta en el escrito de consulta a la Dirección General de Seguros, esté formada, con mayoría absoluta con trabajadores de la Comisión, pues tal posibilidad contradice las normas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en orden a la composición de las Mesas de contratación, que no podrían ser soslayadas si se tratar de la adjudicación de un verdadero y propio contrato.

3. Lo que sucede, a juicio de esta Junta, es que la actividad promotora de un Plan y Fondo de Pensiones por parte de un Ayuntamiento no supone la celebración de contrato alguno por lo que debe concluirse con la no sujeción de dicha actividad a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La regulación del procedimiento para la constitución de Planes y Fondos de Pensiones contenida en la Ley 8/1987, de 8 de junio (artículo 9 y siguientes) no contempla la celebración de contratos por el promotor del plan, sino que atribuye a éste la facultad de instar una Comisión promotora del Plan de Pensiones con los potenciales partícipes, que es la que procede a la presentación del proyecto del Plan de Pensiones ante el Fondo de Pensiones, a la formalización del Plan de Pensiones y a la constitución de la Comisión de Control, reproduciendo estos preceptos el Reglamento aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, en su artículo 21 y siguientes.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la promoción de un Plan de Pensiones por el Ayuntamiento de Picassent no implica por si misma la celebración de contratos por parte del Ayuntamiento y, si, eventualmente, éstos llegaran a celebrarse, quedarían sujetos, al menos en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y disposiciones de desarrollo.

Informe 34/98, de 11 de noviembre de 1998. "Régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), Ente público adscrito al Ministerio de Fomento, para la redacción de proyectos de obras de infraestructuras ferroviarias".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente del Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), Ente público adscrito al Ministerio de Fomento, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el escrito que, a continuación, se transcribe:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, y 2º y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formulo a la citada Junta que V.I. preside la siguiente consulta:

I

El ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) fue creado por el artículo 160 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como un ente público de los previstos en el artículo 6.5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, régimen que conserva transitoriamente en tanto no se produzca su adecuación a lo previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de conformidad con lo prevenido en la disposición transitoria tercera de la citada Ley 6/1997.

La Ley de creación del GIF se ocupa de regular el régimen de contratación del ente en los números cuatro y cinco del referido artículo 160.

Así señala, en el número cuatro, letra b) que:

"La construcción de la Infraestructura ferroviaria, incluidas la electrificación y señalización, se efectuará de acuerdo con las prescripciones siguientes:

(...) b) El Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias tramitará los expedientes de contratación y será el ente contratante, ajustando su actividad a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo en lo concerniente a la electrificación y señalización respecto de las que será de aplicación lo dispuesto en el número cinco de este artículo"

Por otra parte en el número cinco del citado artículo 160 se dispone:

"El mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de regulación y seguridad se llevará a cabo por el ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias con sujeción al ordenamiento jurídico privado, y con observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los términos que precise el Estatuto del ente".

Por lo demás, el propio artículo 160, en sus números tres y ocho remite al Estatuto del ente y a normas reglamentarias, el desarrollo del régimen jurídico contenido en la Ley.

El Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril (en adelante el Estatuto), establece en su artículo 2 que el ente se ajustará en su actuación al artículo 160, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el Estatuto, en sus respectivas normas de desarrollo y, en lo no previsto en ellas, a lo establecido en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y sus normas complementarias y de desarrollo, así como cualquiera otras que sea de aplicación, y en defecto de estas normas se aplicará el ordenamiento jurídico privado.

Los artículos 11, 16 y 38, del Estatuto del ente se ocupan de regular el régimen de contratación del GIF.

El artículo 11, bajo el epígrafe "contratación de las obras de construcción" establece lo siguiente:

1. La contratación de las obras de construcción de la infraestructura ferroviaria se llevará a cabo por el GIF, como ente contratante y previa tramitación por el mismo del correspondiente expediente de contratación.

2. Tales contratos, salvo los de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura tendrán carácter administrativo y se regirán por al Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y sus normas complementarias y de desarrollo entre las que se entenderá incluido el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, relativo a los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio.

3. Los contratos de obras concluidos por el GIF para la electrificación y señalización de la infraestructura ferroviaria se regirán por lo dispuesto en el artículo 16.2 y 3 de este Estatuto.

4. La dirección de las obras corresponderá al GIF y la potestad de inspección al Ministerio de Fomento.

Por su parte el artículo 16 del Estatuto, bajo el epígrafe "contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad y regulación" dispone:

1. Los contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad y regulación se celebrarán por el GIF, como ente contratante y previa tramitación por el mismo del correspondiente expediente de contratación.

2. El régimen jurídico de tales contratos se ajustará a las reglas siguientes en cuanto a su preparación y adjudicación:

a) Si se trata de contratos incluidos dentro del ámbito de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía de los transportes y de las telecomunicaciones, será de aplicación ésta. Asimismo, se observarán, en cuanto a la publicidad en el Boletín Oficial del Estado, las normas sobre la materia contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la mencionada Directiva, se aplicarán las normas en las que se haya procedido a tal incorporación.

b) En otro caso, se observarán los principios de publicidad y concurrencia mediante la publicación de, al menos, un anuncio en dos diarios de difusión nacional. Con carácter excepcional, y en atención a la naturaleza y objeto del contrato, podrá prescindirse de tal publicación mediante acuerdo del Consejo de Administración, debiendo en tal supuesto solicitarse ofertas e empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible. No será exigible la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores, teniendo esta consideración aquéllos cuyo presupuesto no sobre pase las siguientes cantidades: 10.000.000 de pesetas en los contratos de obras, y 5.000.000 de pesetas en los demás contratos.

3. En cuanto a sus efectos y extinción, se aplicarán las normas de derecho privado.

4. A las obras que se realicen en cumplimiento de los contratos a los que se refiere este artículo les será de aplicación, además, lo determinado por el artículo 11.4. en relación con las demás prestaciones que el contratista deba realizar en ejecución de dichos contratos. Igualmente se ejercerá la facultad a que se refiere el artículo y apartado citados.

En fin, el artículo 38.1 del Estatuto del GIF, bajo el epígrafe "contratación", dispone:

1. Los contratos distintos de los previstos en los artículos 11 y 16 que haya de concluir el GIF se regirán por las reglas a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 16.

II

Este ente público, de una interpretación conjunta y sistemática de los preceptos transcritos, tanto de la Ley de creación del GIF como de su Estatuto, estima que, en materia contractual, han de distinguirse los siguientes regímenes jurídicos:

- Los contratos de obras de construcción de la infraestructura ferroviaria, con excepción de los de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura, en este caso, conforme al artículo 11 del Estatuto, dichos contratos tienen carácter administrativo, rigiéndose íntegramente por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante L C A P), y sus normas complementarias y de desarrollo.

De acuerdo al artículo 4.2 del Estatuto se entenderá por infraestructura ferroviaria la totalidad de los elementos contemplados en parte A del anexo I del Reglamento (CEE) núm. 2598/70 de la Comisión, de 18 de diciembre de 1970, relativo a la determinación del contenido de las diferentes partidas de los esquemas de contabilización del anexo I del Reglamento (CEE) núm. 1108/70, excepto el último guión así como los edificios adscritos al servicio de infraestructuras.

- Los contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad y regulación, así como los contratos de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura.

Conforme a los artículos 11.3 y 16 del Estatuto, en cuanto a su preparación y adjudicación se rigen por lo previsto en el apartado 12, del artículo 16 del Estatuto, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado.

- Todos los demás contratos que no están incluidos en las categorías anteriores.

Conforme al artículo 38 del Estatuto, se rigen por las normas contenidas en el artículo 16, 2 y 3, del Estatuto, es decir, en cuanto a su preparación y adjudicación se rigen por lo previsto en el apartado 2, del artículo 16 el Estatuto, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas del derecho privado.

En cuanto al régimen jurídico prevenido en el artículo 16.2 del Estatuto es el siguiente:

Si se trata de contratos incluidos dentro del ámbito de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, será de aplicación ésta, hasta tanto se transponga la mencionada Directiva al ordenamiento interno. Asimismo, se observarán, en cuanto a la publicidad en el Boletín Oficial del Estado, las normas sobre la materia contenidas en la L C A P.

Respecto de los contratos no incluidos en el apartado anterior, se observarán los principios de publicidad y concurrencia mediante la publicación de, al menos, un anuncio en dos diarios de difusión nacional. Con carácter excepcional, y en atención a la naturaleza y el objeto del contrato, podrá prescindir de tal publicación mediante acuerdo del Consejo de Administración, debiendo en tal supuesto solicitare ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible. No será exigible la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores, teniendo esta consideración aquellos cuyo presupuesto no sobrepase las siguientes cantidades: 10.000.000 de pesetas en los contratos de obras, y 5.000.000 de pesetas en los demás contratos.

En particular, en cuanto se refiere al régimen jurídico de la contratación de la asistencia para la redacción de los proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias, este ente público estima lo siguiente:

1. Corresponderá a la Administración General del Estado la realización de los estudios previos o de planeamiento y de los estudios informativos o anteproyectos, así como la aprobación y el replanteo del os proyectos y de sus modificaciones.

2. La redacción material de dichos proyectos y de sus modificaciones podrá llevarse a cabo, según determine al respecto el Ministerio de Fomento, bien por los órganos competentes de éste, bien por el GIF, y en ambos supuestos por si mismos o por medio de terceros correspondiendo al Ministerio de Fomento la potestad de inspección. En los supuestos en los que la redacción del proyecto no se haya realizado directamente por dicho Ministerio, éste podrá introducir las alteraciones que estime pertinentes.

Como se infiere de dicho precepto, cuando el Ministerio de Fomento encomiende al GIF la redacción material del proyecto y de sus modificados, puede el ente contratar con terceros dicha redacción.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 197.2.b de la L C A P los contratos que tiene por objeto el estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, tienen la naturaleza propia de contratos de consultoría y asistencia, no hallándose, de acuerdo a lo establecido por el artículo 120 sensu contrario de la propia L C A P, entre los contratos de obras.

El artículo 11 del Estatuto emplea con carácter preciso el término de contratos de obras, en sus tres apartados, limitándolo a la estricta construcción de las infraestructuras, y éstas a la estricta nomenclatura contenida en los Reglamentos CEE 2598/70 y 1108/70. Así, en el apartado 1 del citado artículo 11 habla de "contratación de las obras de construcción", en el apartado 2 se refiere, de un lado a "tales contratos, salvo los de obra relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura", y de otro a la aplicación del artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, relativo a los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio de obras y, en fin, de nuevo el apartado 3 se vuelve a referir a los contratos de obras.

En fin, los citados preceptos del Estatuto precisan con ello, mediante la referencia expresa al contrato de obras, el concepto de lo que deba entenderse por construcción de la infraestructura a los efectos del artículo 160.Cuatro b) de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

En ello abunda la propia interpretación lógico gramatical del precepto, por cuanto, conforme al Diccionario de la Lengua Española elaborado por la Real Academia Española, en su vigésima primera edición, construcción es en su primera acepción la acción y efecto de construir y en la tercera tratándose de edificios, obra construida, así como construir es en primera acepción fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento, o en general cualquier obra pública; algo bien distinto tanto de proyectar, que en su tercera acepción significa hacer un proyecto de arquitectura o ingeniería, como de proyecto, que es en su quinta acepción el conjunto de escritos, cálculos y dibujos que se hacen para dar idea de cómo ha de ser y lo que ha de costar la obra de arquitectura o de ingeniería.

Así, de una interpretación literal, lógico-gramatical, sistemática y teleológica, ex artículo 3.1 del Código Civil, de los artículos 160. Cuatro y Cinco de la Ley 13/1996 y 11 y 13 del Estatuto, en conexión con los artículos 120 y 197.2.b de la L C A P, resulta que los contratos cuyo objeto sea la redacción material de los proyectos de obra y sus modificaciones, cuyo carácter es el propio de los contratos de asistencia y consultoría, no están sujetos al régimen jurídico que el artículo 11.2 del Estatuto reserva a los contratos de obra relativos a la construcción de infraestructuras ferroviarias, con excepción de las obras de electrificación y señalización de aquellas infraestructuras.

Así las cosas, conforme al artículo 38 del Estatuto, a tales contratos les es de aplicación la Directiva 93/38/CEE del Consejo, siempre que su importe sea igual o superior a 400.000 ecus, conforme a los artículos 1.4.c.vi, 14.1c y 15, y el Anexo XVI A, categoría 12, de dicha Directiva, conforme al artículo 16.2 del Estatuto hemos de distinguir los siguientes supuestos:

1) Contratos cuyo importe en pesetas sea el equivalente a 400.000 o más ecus, a los que será de aplicación el siguiente régimen jurídico.
- Se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por las disposiciones de la referida Directiva 93/38/CEE, así como los artículos 79 de la L C A P en lo referente a la publicidad en el Boletín Oficial del Estado de tales contratos.
- En cuanto a sus efectos y extinción se aplicarán las normas de derecho privado (artículo 11.3 del Estatuto).

2) Contratos cuyo importe en pesetas sea inferior al equivalente a 400.000 ecus, y cuyo presupuesto exceda de 5.000.000 de pesetas.

Se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación por lo dispuesto en la letra b, del apartado 2 del artículo 16 del Estatuto, es decir, su preparación y adjudicación están tan sólo sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, mediante la publicación

de, al menos un anuncio en dos diarios de difusión nacional, sin perjuicio de que, con carácter excepcional, en atención a la naturaleza y objeto del contrato, pueda el Consejo de Administración acordar que se prescinda de tal publicidad, debiendo en tal supuesto solicitarse ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que sea posible.

- En cuanto a sus efectos y extinción se aplicarán las normas de derecho privado (artículo 11.3 del Estatuto).

3) Contratos cuyo importe no sobrepase los 5.000.000 de pesetas.

- En cuanto a su preparación y adjudicación no serán exigibles los principios de publicidad y concurrencia.

- En cuanto a sus efectos y extinción se aplicarán las normas de derecho privado (artículo 11.3 del Estatuto).

III

La interpretación y conclusiones hasta aquí expuestas se recogieron en una nota sobre el régimen jurídico de los contratos distintos de los de obra de construcción de infraestructura.

Los criterios y conclusiones recogidas en la citada nota fueron adoptados como norma de funcionamiento interno en materia de contratación, al amparo de lo previsto en el artículo 23.1 a) y g) de su Estatuto, por el Consejo de Administración del GIF en su sesión de 19 de septiembre de 1997.

Por lo demás con tales criterios y conclusiones han manifestado su conformidad y aceptación, tanto la Abogacía del Estado en el ente público como la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento.

En la totalidad de los contratos para la redacción de proyectos constructivos licitados, adjudicados y en ejecución en la actualidad, se ha aplicado la Directiva comunitaria 93/38, ajustándose para ello, a veces literalmente, a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a su preparación y adjudicación.

Así resulta del Pliego modelo tipo para los contratos de asistencia y consultoría a la redacción de proyectos y control y vigilancia de las obras, aprobado por el Consejo de Administración en su sesión de 19 de septiembre de 1997, como de la Instrucción del Presidente del GIF sobre procedimientos de contratación del ente público, aprobada con fecha 22 de abril de 1998. Habiéndose observado los principios de publicidad, igualdad, no discriminación y concurrencia que preside la legislación reguladora de los contratos celebrados por las Administraciones y las Entidades de derecho público, habiéndose licitado y adjudicado todos los contratos, mediante procedimiento abierto y sistema de concurso, publicándose los anuncios de licitación y adjudicación, tanto en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, como en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con la Directiva, la L C A P y el Estatuto.

En cuanto a los efectos y ejecución de los contratos citados, si bien se hayan sometidos a derecho privado, se han recogido por vía contractual, en los Pliegos y en los documentos de formalización de los contratos, todas las prerrogativas que la L C A P atribuye a los entes contratantes.

IV

No obstante lo hasta aquí dicho, han surgido ciertas dudas -derivadas de una interpretación de lo dispuesto en el artículo 160.Cuatro. b de la Ley 13/1996 que pretende su extensión a los contratos de asistencia a la redacción de los proyectos- sobre si tales contratos de asistencia son plenamente contratos administrativos regulados por la L C A P, debiendo sujetarse, no sólo en cuanto a su preparación y adjudicación sino también en cuanto a sus efectos y extinción, a lo preceptuado para este tipo de contratos en la L C A P.

Es por ello que se solicita el razonado parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el particular.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. En el escrito en el que se formula la consulta se centra la cuestión planteada en determinar el régimen jurídico de los contratos que celebre el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante GIF) para la redacción de proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias y, más en concreto, sobre las dudas interpretativas que suscita -se dice- el artículo 160.4.b de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, determinar si los citados contratos de redacción de proyectos son contratos regidos íntegramente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario, son contratos cuya preparación y adjudicación se somete a la Directiva 93/38/CEE, en cuanto se cumplan los requisitos establecidos en la citada Directiva, en particular, el de la cuantía, y por el derecho privado en cuanto no se cumplan, derecho este último, al que, en todo caso, se someten los efectos y extinción de los referidos contratos.

Para resolver la cuestión planteada es preciso analizar, sin embargo, como se hace en el escrito de consulta, el régimen jurídico de la total actividad contractual del GIF, para descender de las conclusiones generales que se obtengan a las particulares aplicables a los contratos para la redacción de proyectos, partiendo de la regulación del Derecho comunitario, para examinar, a continuación, los preceptos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedica a esta materia, el artículo 160 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y los artículo 11, 16 y 38 del Estatuto del GIF aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril.

2. La Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía de los transportes y de las telecomunicaciones, vulgarmente conocida como Directiva "de sectores excluidos", siguiendo los precedentes que representó, para contratos de obras y suministro, la Directiva 90/531/CEE, del Consejo, de 17 de noviembre de 1990, sujeta a sus preceptos los contratos de obras, suministro y servicios, siguiendo un doble criterio subjetivo y objetivo. Desde un punto de vista subjetivo la Directiva 93/38/CEE se refiere tanto a las Administraciones Públicas como a los Entes públicos (Organismos de derecho público en la terminología de la Directiva) empresas públicas y empresas privadas que operen en el sector, por lo que aquí interesa, del transporte por ferrocarril, caracterizando esta operatividad en su artículo 2.2.c como la explotación de redes que presten un servicio público en el

campo del transporte por ferrocarril, enumerando en el Anexo VI las entidades contratantes en el sector de servicios de ferrocarriles. Desde el punto de vista objetivo, la Directiva aparte de la exigencia de que se trate de contratos de obras, suministro y servicios, establece unos límites cuantitativos o umbrales para que se produzca la sujeción a la misma y que se cifran en su artículo 14.1 en 5.000.000 de ecus para los contratos de obras y 400.000 ecus para los contratos de suministro y servicios, cifras que se mantienen para este sector en la modificación del citado artículo 14 de la Directiva 93/38/CEE, llevada a cabo por la Directiva 98/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998.

Conforme al Derecho comunitario hay que concluir que el GIF es un Organismo de derecho público que opera en el sector de transportes por ferrocarril, cuyos contratos de obras, que sean iguales o superiores a 5.000.000 de ecus, y los de suministro y servicios que sean iguales o superiores a 400.000 ecus quedan sujetos a los preceptos de la Directiva 93/38/CEE, sin que a esta conclusión pueda oponerse que el GIF no figura enumerado entre las entidades contratantes en el sector de los servicios de ferrocarriles en su Anexo VI pues, aparte de que por razón de las respectivas fechas del Anexo VI de la Directiva (año 1993) y de creación del GIF (año 1996) nunca pudo serlo, lo decisivo en este extremo, como se desprende de la propia Directiva, es que las Entidades cumplan los requisitos de la misma y no el de figurar en sus Anexos.

Por lo demás, referencias a la Directiva 93/38/CEE, como veremos más adelante, existen en el artículo 16 al que también se remiten los artículos 11 y 38, del Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril.

3. Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tuvo que abordar el problema de la existencia de un régimen jurídico comunitario para la actividad contractual en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, contenido en la Directiva 93/38/CEE, realizándolo en su disposición transitoria sexta en relación con su artículo 1º.

Los criterios establecidos en al Ley de Contratos de las Administraciones Públicas parten de la distinción, en las Entidades que operan en los sectores indicados, entre Administraciones Públicas y Organismos autónomos, por un lado y Entes públicos, por otro, estableciendo para los primeros, en el apartado 1 de la disposición transitoria sexta, la sujeción íntegra a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplazando hasta fechas ya vencidas la obligación de publicidad comunitaria que ha de entenderse referida a los límites cuantitativos o umbrales de la Directiva 93/38/CEE, en lugar de los que procedentes de las Directivas 93/37/CEE, y 93/36/CEE y 92/50/CEE fija la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para los contratos de obras, suministro y servicios que no se producen en los sectores referidos. Para los entes públicos, no Administraciones Públicas, ni Organismos autónomos, la propia disposición transitoria sexta, en su apartado 2, determina que en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las Entidades de derecho público continuarían rigiéndose en su actividad contractual para las normas que, en la fecha en vigor de la Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.

Dos principales consecuencias cabe extraer del apartado 2 del a disposición transitoria sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, consistiendo la primera en que la Ley reconoce la sujeción de estos Entes públicos a la Directiva 93/38/CEE y la segunda que, como régimen transitorio, en tanto no se produzca la incorporación de la Directiva a la legislación española admite la conservación de su

régimen jurídico contractual, lo que no obsta para que aunque no se mencione expresamente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Directiva 93/38/CEE pueda ser aplicada a estos Entes públicos, aun antes de su incorporación a la legislación española, en los extremos en que puede producir efecto directo, como doctrinal y jurisprudencialmente ha sido admitido, de forma reiterada.

Aplicando las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al GIF, aunque evidentemente no había sido creado en al fecha de su entrada en vigor, puede concluirse que de las mismas se deduce que el GIF como ente que opera en el sector del transporte ferroviario queda sujeto a la Directiva 93/38/CEE y en tanto no se produzca su incorporación a la legislación española y sin perjuicio de su posible efecto directo, a las disposiciones que establecen su régimen contractual, constituida por el artículo 160 de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y los artículos 11, 16 y 38 de su Estatuto, que habrán de ser examinados e interpretados de conformidad con lo razonado hasta ahora.

4. El régimen jurídico contractual del GIF viene concretamente establecido en el artículo 160, apartados cuatro b) y cinco de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social y en los artículos 11, 16 y 38 del Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997 de 25 de abril. De acuerdo con estas disposiciones cabe distinguir las siguientes clases de contratos y su respectivo régimen jurídico:

- Obras de construcción de la infraestructura ferroviaria, excluidas la electrificación y señalización. Se rigen íntegramente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 160.4.b de la Ley 33/1997, de 30 de diciembre ya artículo 11.2 del Estatuto).

- Obras de electrificación y señalización, contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de regulación, seguridad y resto de los contratos, incluidos los contratos para la redacción de proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias, todos ellos de cuantía igual o superior a los umbrales de sujeción a las Directivas (5.000.000 de ecus, para obras y 400.000 ecus, para los restantes contratos). Se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por la Directiva 93/38/CEE y, en cuanto a sus efectos y extinción por normas de derecho privado (artículos 160 apartados 4.b y 5 de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y artículos 11.3, 16, apartados 2 y 3 y 38.1 del Estatuto).

- Obras de electrificación y señalización, contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de regulación y seguridad y el resto de los contratos, entre los que hay que incluir los contratos para la redacción de proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias, de cuantía inferior a los citados umbrales de sujeción a la Directiva 93/38/CEE (5.000.000 de ecus para obras y 400.000 ecus para los restantes contratos). Se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por normas de derecho privado, con aplicación de los principios de publicidad y concurrencia con las excepciones, en cuantía estos últimos, previstas en el artículo 16.2 b del Estatuto. (Artículos 160, apartados 4.b y 5 de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y artículos 11.3, 16, apartados 2 y 3 y 38.1 del Estatuto).

Del régimen jurídico de la actividad contractual del GIF en la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y en el Estatuto de 25 de abril de 1997, a reserva de lo que disponga la Ley por la que se incorpora a la legislación española la Directiva 93/38/CEE, actualmente en tramitación parlamentaria en el Senado y que no puede diferir esencialmente de lo expuesto, se desprende que el mismo es ajustado a la Directiva 93/38/CEE a la que existe una expresa remisión, salvo en cuanto a las obras de construcción de la

infraestructura ferroviaria, excluida la electrificación y señalización, respecto de las que el artículo 160.4.b de la Ley y el artículo 11.2 del Estatuto remiten íntegramente a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando, a nuestro juicio, podían haber remitido, en cuanto a su preparación y adjudicación, a la propia Directiva 93/38/CEE y, en cuanto a sus efectos y extinción, a normas del Derecho privado. Salvado este aspecto que no es objeto de consulta y que puede estar justificado, el régimen jurídico de los contratos para la redacción de proyectos de obras de construcción de infraestructuras ferroviarias es el que resulta del artículo 38.1 con su remisión al 16, apartado 2 y 3 del Estatuto, es decir, sujeción a la Directiva 93/38/CE, en cuanto a su preparación y adjudicación, si su cuantía es igual o superior a 400.000 ecus y, en cuanto a sus efectos y extinción, sujeción a normas de derecho privado y a éstas últimas, en cuanto a la preparación, adjudicación, efectos y extinción, cuando su cuantía sea inferior a los citados 400.000 ecus.

5. La conclusión sentada en el apartado anterior de que los contratos que celebre el GIF para la redacción de proyectos de obras de construcción de infraestructuras ferroviarias no son contratos administrativos, sino contratos privados que, en razón de su cuantía quedan sujetos a la Directiva 93/38/CEE, en cuanto a su preparación y adjudicación, determina que llame la atención lo que se consigna en el último párrafo del apartado II del escrito de consulta en el sentido de que, en cuanto a los efectos y extinción de estos contratos, sujetos al derecho privado, se consignan por vía contractual en los pliegos y en los documentos de formalización todas las prerrogativas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye a los entes contratantes. Entiende esta Junta que las prerrogativas de la Administración contratante son propias de los contratos administrativos, según se desprende del artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que un pacto de la naturaleza del reseñado previsto en contratos privados debería considerarse nulo, como contrario a la Ley, al amparo del artículo 4 del a propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que celebre el GIF para la redacción de proyectos de obras de construcción de infraestructuras ferroviarias no son contratos administrativos sino contratos privados que, no obstante, cuando su cuantía sea igual o superior a 400.000 ecus quedan sujetos, en cuanto a su preparación y adjudicación, a la Directiva 93/38/CEE, por resultar así de esta última y del artículo 38.1 y su remisión al artículo 16, apartados 2 y 3, del Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril.

Informe 37/98, de 16 de diciembre de 1998. "Incompatibilidad de concejales para contratar con el Ayuntamiento. Inexistencia por ser accionistas la concejala y su esposo de la sociedad suministradora y administradora única una hermana de la concejala".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Alpedrete (Madrid) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor:

«En el Ayuntamiento que presido, una concejala y su esposo, son socios de una sociedad de responsabilidad limitada, domiciliada en la localidad de Alpedrete, cuya actividad es la venta de materiales de construcción.

La citada sociedad mercantil está representada por un Administrador Único, cargo que ostenta una hermana de la referida concejala del Ayuntamiento.

Con los antecedentes expuestos, la consulta que se formula es, si el Ayuntamiento de Alpedrete puede adquirir materiales de construcción o contratar su adquisición con la referida sociedad o dicho de otro modo, si la citada sociedad tendría incompatibilidad o le estaría prohibido contratar con el Ayuntamiento.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se vuelve a suscitar en el presente caso la cuestión de prohibición de contratar por incompatibilidad de concejales y parientes de los mismos con el Ayuntamiento, que es una de las que con mayor frecuencia se viene plantando ante esta Junta en los últimos tiempos, por lo que el contenido del presente informe tiene que ser reproducción de los criterios ya mantenidos por esta Junta en anteriores informes.

2. En el informe de esta Junta Consultiva de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 60/96) se señalaba que para resolver la cuestión entonces suscitada -la de la posible incompatibilidad de dos concejalas del Ayuntamiento de Mutxamel en relación con contratos de suministro al Ayuntamiento -y, añadimos, la que ahora se suscita- posible incompatibilidad de un concejal del Ayuntamiento de Alpedrete en relación con contratos de suministro al Ayuntamiento -era preciso, con carácter previo, determinar la normativa aplicable al supuesto de hecho, ya que de ésta exclusivamente ha de deducirse la existencia o no de incompatibilidad sin que pueda establecerse tal deducción de otras normas que, referentes a incompatibilidades, no resultan aplicables en el presente supuesto.

A continuación se declaraba lo siguiente:

«La norma de la que, en principio, hay que partir al respecto es la contenida en el artículo 20 apartado e) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos con las Administraciones Públicas, a cuyo tenor no se podrá contratar con la Administración cuando concurra la circunstancia de estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, (referencia que hay que entender sustituida por la de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la

Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado), de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. El propio apartado después de extender la situación de incompatibilidad a cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia y descendientes termina declarando que las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales en los términos que respectivamente les sean aplicables.

El indicado precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas obliga a examinar, en primer lugar, si los supuestos de incompatibilidad de concejales de Ayuntamientos aparecen definidos en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación o de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, debiendo darse una respuesta negativa, en cuanto a la Ley 12/1995, porque su propio título y la enumeración de altos cargos que realiza su artículo 1 demuestran que en su ámbito de aplicación no están comprendidos los miembros de las Corporaciones Locales y en cuanto a la Ley 53/1984, porque si bien, según insistiremos más adelante, resulta aplicable a funcionarios de las Entidades Locales, no lo es a los concejales o miembros de la Corporación, que no ostentan la condición de funcionarios.

En segundo lugar, también conforme al apartado e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su último párrafo, hay que examinar si existen otras disposiciones reguladoras del Régimen Local de las que pueda resultar alguna situación de incompatibilidad, lo que se realiza a continuación.

La disposición derogatoria única de la LCAP ha derogado de manera expresa el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, por lo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, cualquiera que fuese la opinión que se sustentase sobre la subsistencia anterior de su artículo 51 que establecía una serie de incompatibilidades para ser contratista de obras y servicios, debe considerarse expresamente derogado sin que pueda ya surtir efectos en orden a la apreciación de las causas de incompatibilidad en dicho artículo establecidas, en particular, la de su apartado 40 que consideraba incompatibles para ser contratistas de obras y servicios públicos a las sociedades en las que el concejal, entre otras personas que mencionaba, tuviese al ser nombrado o adquiriese posteriormente más del 10 por 100 de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios u ostentase en ellas algún cargo directivo.»

En el supuesto consultado en el presente caso se trata de la posible incompatibilidad de una concejala del Ayuntamiento de Alpedrete cuando ella y su esposo son socios, sin que se diga su participación, aunque resulta indiferente, de una sociedad de responsabilidad limitada, cuya actividad es la venta de materiales de la construcción, por lo que la incompatibilidad no deriva de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ya que no se trata de contratos que se celebren con la concejala, sino con una sociedad de responsabilidad limitada con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios y quedó razonado suficientemente en el informe de 18 de diciembre de 1996, con argumentos incorporados al presente informe, la inaplicabilidad a los concejales de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y la derogación del artículo 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, cuyo apartado 41 podría fundamentar la incompatibilidad en el supuesto de que la participación del a concejala

o de su esposo fuese superior al 10 por 100 de la sociedad que celebra contratos de suministro con el Ayuntamiento.

Por otra parte hay que destacar que la circunstancia destacada en el escrito de consulta de que el administrador único de la sociedad es una hermana de la concejala no añade nada, ni cuestiona lo ya expuesto, dado que ningún precepto de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, ni de la legislación sobre incompatibilidades de concejales, extiende los efectos prohibitivos de contratar a los hermanos de los incompatibles.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende, reiterando criterios de anteriores informes, que por aplicación del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, en relación con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la legislación sobre incompatibilidades en el Régimen Local, hay que sostener la compatibilidad para contratar con el Ayuntamiento de Alpedrete de la sociedad de responsabilidad limitada, dedicada al suministro o venta de materiales de la construcción, aunque una concejala y su esposo sean socios, cualquiera que sea su participación y una hermana, administradora única de la sociedad, dado que tales circunstancias no constituyen, con arreglo a la normativa vigente, causa de incompatibilidad.

Informe 39/98, de 16 de diciembre de 1998. "Presentación de proposiciones por correo por el procedimiento previsto en artículo 100 de Reglamento General de Contratación del Estado".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente del Consorcio de Aguas y Residuos de la Rioja se dirige el siguiente escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

«Este Consorcio convocó recientemente licitación por concurso mediante procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato de Asistencia Técnica.

El último día del plazo, una empresa anunció la remisión de la oferta mediante telefax enviando dos justificantes de imposición en Correos, figurando en ambos la misma empresa como impositora. Al telefonear un representante de la empresa para confirmar la recepción del telefax, se le preguntó la razón de que hubiera dos envíos con distinto número, recibiéndose la contestación de que se habían presentado dos proposiciones para el mismo concurso, por lo que en principio se consideró que podía darse la circunstancia prevista en el art. 81 de la L.C.A.P, y proceder la no admisión de ninguna de las dos propuestas.

Sin embargo, en el Correo sólo llegó una proposición, cuyo número de envío coincidía con uno de los dos que habían sido remitidos por fax.

Consultada la empresa, ésta informó verbalmente y por escrito "que había anulado el otro certificado". La consulta que planteamos a esa Junta es:

1.-)¿La mera recepción de los justificantes de dos proposiciones para una misma licitación produciría la anulación de ambas, o de la única realmente recibida en el caso que nos ocupa, o debe esperarse a la recepción por si, en vez de tratarse de dos "proposiciones", se tratara de "soluciones variantes" a que también se refiere el art. 81 de la L.C.A.P, y que estaban expresamente admitidas en el Pliego?.

2.-)¿Puede un licitador retirar una proposición una vez impuesta en Correos, o debe este Organismo denegarle tal solicitud?.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Las cuestiones concretas que se plantean en el presente expediente deben ser resueltas sobre la base de la interpretación del artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que es el que aborda la presentación de proposiciones por correo y que debe considerarse subsistente, de conformidad con la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por no oponerse a lo preceptuado en la misma. En la interpretación de este artículo, como en la de cualquier norma jurídica, habrá de atenderse fundamentalmente, según resulta del artículo 3.1 del Código Civil, al espíritu y finalidad del precepto, es decir, a la interpretación finalista o teleológica.

2. El citado artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, en sus párrafos 4 y 5 viene a establecer lo siguiente:

"Cuando las proposiciones se envíen por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la Oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex o telegrama en el mismo día. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la proposición si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha de la terminación del plazo señalado en el anuncio.

Transcurridos, no obstante, diez días naturales siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la proposición esta no será admitida en ningún caso".

Los transcritos párrafos cuarto y quinto del artículo 100 del Reglamento fueron introducidos en su texto por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, con la finalidad de prever la presentación de proposiciones por correo que, establecida en las Directivas comunitarias entonces en vigor (Directiva 71/305/CEE sobre contratos de obras, y Directiva 77/62/CEE, sobre contratos de suministro) no recogía la legislación española. Por ello se establece una norma específica consistente en anunciar por télex o telegrama el envío por correo de la proposición, justificando la fecha de imposición del envío y cumplidos estos dos requisitos admitir las que se reciban durante diez días naturales siguientes a la fecha de terminación del plazo señalada en el anuncio.

Con ello las normas reglamentarias no olvidan que lo decisivo es la recepción por el órgano de contratación de la respectiva proposición, siendo los requisitos establecidos (anuncio del envío y su justificación) y los efectos (ampliación en diez días naturales para la indicada recepción) elementos accidentales que cumplen la finalidad de resolver la falta de inmediatividad entre presentación y recepción que se da en la presentación por correo y que no existe en la presentación ante el órgano de contratación, en la que los actos de presentación por el licitador y recepción por el órgano de contratación se producen de forma simultanea. Por otra parte, la necesidad de que la licitación no permanezca indefinidamente abierta a la espera de proposiciones cuyo envío se ha anunciado y justificado explica la ampliación del plazo en diez días naturales que se produce en estos casos.

3. Sobre la base de las consideraciones anteriores hay que resolver el supuesto de hecho planteado, consistente en determinar si anunciado y justificado, el envío de dos proposiciones y recibida una sola debe rechazarse la única proposición recibida. Si se considera que, como hemos destacado, el dato esencial es la recepción por el órgano de contratación de la proposición enviada por correo, lo cierto es que, en el presente caso hay solo una proposición que cumple los requisitos establecidos en el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, sin que sea lícito deducir del simple anuncio de envío de otra proposición que con ello se incumple la prohibición de presentar dos o más proposiciones recogida en el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues para ello sería necesario examinar las dos proposiciones, lo que resulta imposible por la no recepción por el órgano de contratación y, con más razón en el caso presente, en el que, como se indica en el escrito de consulta, el pliego de cláusulas administrativas particulares preveía la presentación de variantes a las que podía referirse la proposición enviada por correo y no recibida por el órgano de contratación.

Obviamente lo hasta aquí indicado se refiere al supuesto de que haya transcurrido el plazo suplementario de diez días naturales y solo se haya recibido una de las dos proposiciones enviadas, lo que parece suceder en el presente caso al consignarse en el escrito de consulta que la empresa informó verbalmente y por escrito "que había anulado el otro certificado". Si, por el contrario, ambas proposiciones se hubieran

recibido en el plazo referido, no existiría inconveniente para que el órgano de contratación examinase ambas proposiciones y determinase si se trataba de dos proposiciones, con lo que debería rechazar ambas de conformidad con el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o se trataba de una proposición y una variante ajustada a las prescripciones del pliego, con lo que debería aceptar ambos escritos, de conformidad con el artículo 88 de la misma Ley y el propio pliego de cláusulas administrativas particulares.

4. Se plantea en la segunda pregunta que expresamente se formula una cuestión ajena a la contratación administrativa, sobre la que esta Junta carece de competencia para pronunciarse, cual es la relativa a si el Servicio de Correos deben denegar la solicitud de retirada de una proposición una vez impuesta, cuestión que deberá ser resuelta conforme a las normas propias del Servicio de Correos y que además carece de trascendencia práctica en el presente supuesto, en el que se parte de la circunstancia de que dicha retirada se ha producido, que es lo único que interesa a efectos del presente informe, independientemente de las consecuencias que puedan producirse en el ámbito interno del Servicio de Correos, si la retirada de la imposición se ha producido contraviniendo normas del propio Servicio.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la proposición enviada por correo y recibida por el órgano de contratación, siempre que se cumplan los requisitos y plazo establecidos en el artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, tiene que ser admitida y considerada, sin perjuicio de que se haya anunciado el envío de otra proposición no recibida por el órgano de contratación en el plazo reseñado en el citado artículo 100, que, en consecuencia, no podrá ser tomada en consideración, al desconocerse su contenido.

Informe 41/98, de 16 de diciembre de 1998. "Régimen de los contratos de seguro. Legalidad de prórrogas de contratos anteriores. Aplicación de la figura de contrato menor y posibilidad de tener en cuenta bonificaciones por baja siniestralidad".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Cullera (Valencia) se dirige escrito titulado de "petición de informe" a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

«Por la presente se solicita informe sobre las siguientes cuestiones:

11. En el año 1985, el Ayuntamiento adoptó el siguiente Acuerdo:

CONTRATACIÓN PÓLIZAS SEGUROS VEHÍCULOS MUNICIPALES CON COMPAÑÍA ASEGURADORA ÚNICA, expte. 1053/84.- Visto el expediente que se tramita sobre contratación de pólizas de seguros de vehículos municipales con una sola Compañía Aseguradora: vistos, asimismo, los Informes y Dictámenes emitidos obrantes en el expediente.

Resultando:

11. - Que, con fecha 27 de noviembre de 1984, el M.I. Ayuntamiento Pleno adoptó el acuerdo en el sentido de contratar con una sola Compañía Aseguradora, las pólizas de seguros de vehículos municipales, para lo que se solicitó ofertas a seis de estas entidades, de las que sólo presentaron propuestas 3 de ellas; requeridas, nuevamente, estos dos últimas para la presentación de ofertas concretando específicamente el coste de los riesgos que el Ayuntamiento pretende asegurar y que se determinaban en la Resolución de la Alcaldía de 23 de mayo de 1985: A este segundo requerimiento presentaron ofertas exclusivamente la entidad "Mutua Nacional del Automóvil" y el agente libre D. Juan Aragó Campello.

21.- Que, según se desprende el Informe Técnico emitido por la Secretaría y del dictamen de la Comisión Informativa de Hacienda, la oferta presentada por este último resulta económicamente ventajosa conteniendo, además, consideraciones de otro tipo que la convierten en la más adecuada para los intereses municipales.

Considerando lo dispuesto en el Real Decreto 3046/1997 y Orden de 12 de noviembre de 1981.

Esta Comisión Municipal de Gobierno acuerda, por unanimidad, contratar con el agente libre de seguros D. Juan Aragó Campello las pólizas de seguros de todos los vehículos municipales, así como las de los que en lo sucesivo se vayan adquiriendo, de acuerdo con las oberturas de riesgos, condiciones económicas y demás determinaciones que se incluyen en la oferta presentada por D. Juan Aragó con fecha 10 de junio de 1985.

La contratación de las referidas pólizas se llevará a cabo del modo que sigue:

1. Se contratará cada póliza en el momento del vencimiento próximo inmediato de la que actualmente se halle vigente.

2. La nueva póliza tendrá un período de vigencia que abarcará desde la citada fecha hasta el día 1 de enero del siguiente año, prorrateándose, consecuentemente, el importe de la misma durante ese tiempo.

3. Posteriormente la contratación tendrá carácter anual siendo su período de vigencia de uno de enero a treinta y uno de diciembre de cada año, prorrogables tácitamente.

El contratista se comprometerá, asimismo, a cancelar, ateniéndose a lo reseñado en los números anteriores, sucesivamente las pólizas vigentes en la fecha de su vencimiento.

Se faculta ampliamente al Sr. Alcalde para llevar a cabo cuantos actos sean necesarios par ala plena ejecución del presente "acuerdo".

De la lectura del acuerdo y de la documentación que obra en el expediente se deduce que en su día se tramitó un expediente para contratar por concierto directo los seguros de los vehículos del Ayuntamiento. El Ayuntamiento por inercia y desde esa fecha, ha ido renovando las correspondientes pólizas, siendo actualmente la Compañía de Seguros "AEGON" que es la que se propuso en su día para sustituir a la Mutua Nacional del Automóvil, manteniéndose la relación con el Agente, hoy Corredor de Seguros, D. Juan Aragó Campello. Asimismo se ha ampliado considerablemente el Parque Móvil Municipal desde aquella fecha.

Las pólizas de seguros de los vehículos vencen todas o bien el 31 de diciembre o el 1 de enero de cada año, con un montante global de mas de 3.000.000.- Ptas.

Estando así las cosas, el Ayuntamiento se plantea las cuestiones siguientes, que son el objeto de la petición de este informe:

11.- Legalidad administrativa de las prórrogas de los contratos que se están efectuando, así como la consideración de contratos menores de aquellas pólizas de seguros nuevas, por razón de la compra de vehículos, adjudicándose a la Compañía AEGON.

21.- En caso desfavorable, que por la Junta se informe cual sería el camino legal para regularizar esa situación, teniendo en cuenta que algunos vehículos cuentas con una bonificación en la prima por ausencia de siniestrabilidad, lo que podría conllevar que el montante de los seguros de los vehículos aumentara si se contratara de nuevo con una Compañía de seguros, resultado del expediente de contratación.

En caso de que la Junta considerara necesario una nueva contratación, se solicita se informe también acerca de la licitud de adjuntar al pliego de condiciones las bonificaciones que ocasionalmente pudieran tener cada vehículo por baja siniestralidad, documentación ésta que obra en manos del Corredor de Seguros.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente hacen referencia, por una parte, a la legalidad de las prórrogas de los contratos de seguros de los vehículos municipales celebrados por el Ayuntamiento de Cullera en el año 1985, de otra, a la consideración de contratos menores de los nuevos contratos de seguros por razón de

la compra de vehículos y, por otra, al camino para regularizar la situación planteada teniendo en cuenta las bonificaciones que pudiera tener cada vehículo por baja siniestrabilidad, cuestiones que han de ser examinadas y resueltas con independencia.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada -la legalidad de las prórrogas de los contratos de seguros celebrados en el año 1985- hay que tener en cuenta que la misma ha de ser resuelta de conformidad con la legislación entonces vigente y el contenido de los respectivos pliegos con arreglo al cual debieran ejecutarse los contratos celebrados.

En el régimen anterior a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos de seguro como los celebrados por el Ayuntamiento de Cullera tenían la consideración de contratos privados de la Administración, produciendo esta calificación la consecuencia de que su preparación y adjudicación, en defecto de normas especiales inexistentes, se regía por la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado, mientras que sus efectos y extinción quedaban sometidos al derecho privado, en el cual había que incluir las normas reguladoras del contrato de seguro en el ámbito mercantil.

A este régimen jurídico debían ajustarse los respectivos pliegos, teniendo en cuenta que la duración y prórroga de un contrato no es un aspecto de la preparación y adjudicación del mismo, sino de sus efectos y extinción, por lo que los pliegos debieran contener las oportunas previsiones al respecto.

El examen del contenido de los pliegos resulta imposible en el presente supuesto, dado que no han sido remitidos, remisión que ha sido sustituida por la de un Acuerdo del Ayuntamiento de Cullera de 1985, sin concreción de fecha, en el que se exponen una serie de datos, no del todo claros y sobre todo, que dejan indeterminada, al no haberse remitido tampoco el documento contractual, la cuestión de la duración de los contratos y sus posibles prórrogas.

En definitiva, puede concluirse que las prórrogas de los contratos de seguros de vehículos municipales, celebrados por el Ayuntamiento de Cullera en el año 1985 pueden ajustarse a la legalidad si lo son al contenido de los respectivos pliegos y a los documentos de formalización de los respectivos contratos, careciendo de fundamento jurídico si las previsiones de duración y prórrogas no figuran en estos documentos o son inferiores a las que de hecho han resultado, siendo significativo para mantener esta segunda alternativa el que en el escrito de consulta se consigne expresamente que "el Ayuntamiento por inercia y desde esa fecha ha ido renovando las correspondientes pólizas".

3. La posibilidad de que en los contratos de seguros pueda ser utilizada la categoría de los contratos menores, posibilidad que lógicamente ha de entenderse referida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no a la legislación anterior que no admitía tal figura con carácter general, sino en las reparaciones menores (artículo 70 del Reglamento General de Contratación del Estado) y en los suministros menores (artículo 86 de la Ley de Contratos del Estado), ha de recibir una respuesta afirmativa, tanto si los contratos de seguros se consideran incluidos en el concepto de contratos de servicios (artículo 207 n1 6.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), por simple aplicación del artículo 202 de la propia Ley, cuando su cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas, como si, a pesar de la dicción del citado artículo 207.6.a) se considera que los contratos de seguros son contratos privados cuya preparación y adjudicación, sin embargo, se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues esta Junta ya ha admitido la aplicación de la

categoría de contratos menores a los contratos privados en su informe de 2 de marzo de 1998 (Expediente 4/98), así como la utilización del procedimiento negociado en dichos contratos en su informe de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 67/96), basándose en que, de no ser así los contratos privados quedarían sometidos a un régimen más rígido en su adjudicación que los propios contratos administrativos, ya que de no admitirse la figura del contrato menor y la utilización del procedimiento negociado, deberían siempre ser adjudicados por subasta o concurso.

4. En cuanto a la última cuestión suscitada -la posibilidad de que en los nuevos contratos se tenga en cuenta las bonificaciones por baja siniestralidad obtenidas en anteriores contratos- la respuesta afirmativa se impone como una consecuencia de la libertad de pactos proclamada en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues nada se opone a que, entre las condiciones económicas del contrato, se imponga al adjudicatario la rebaja en el precio del contrato que supone el respeto a las bonificaciones obtenidas en anteriores contratos por baja siniestralidad, así como que para futuras prórrogas se vuelva a tener en consideración el factor de baja siniestralidad.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la posibilidad de prórroga de los contratos de seguro de vehículos municipales celebrados por el Ayuntamiento de Cullera en el año 1985, aparece condicionada a que en los pliegos y documentos de formalización de los contratos se hubiesen establecido las previsiones oportunas, lo que no parece desprenderse del escrito de consulta, por lo que habrá de procederse a la adjudicación de nuevos contratos.

2. Que cuando la cuantía de un nuevo contrato de seguro no exceda de 2.000.000 de pesetas, podrá acudirse, para su celebración a la figura del contrato menor, de conformidad con el artículo 202 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que la posibilidad de tener en cuenta bonificaciones anteriores por baja siniestralidad resultantes de contratos anteriores puede articularse en las condiciones económicas de nuevos contratos, al amparo del principio de libertad de pactos incorporado hoy al artículo 41 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 42/98, de 16 de diciembre de 1998. "Convenio entre la Dirección General de Obras Hidráulicas y Fundación Agustín de Bethencourt para trabajos de investigación, estudio de sistemas racionalizados para autogestión en contratación de proyectos y Obras Hidráulicas. Aplicación de normas reguladoras de los contratos".

ANTECEDENTES.

Por el Subdirector General de Presupuestos y Contratación de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Por la Intervención Delegada en el Departamento ha sido presentada nota de reparo contra la Resolución de esta Dirección General, por la que se ordena el pago de la última certificación librada para el pago del Convenio suscrito entre esta Dirección General y la Fundación Agustín de Bethencourt, el 27 de octubre de 1995, cuyo objeto es la realización de sistemas racionalizados para la autogestión en la contratación de proyectos y obras hidráulicas. Fase III., clave: 21.803-262/8511, y consultado el expediente, resulta:

El motivo del reparo es la ausencia de acta de recepción del objeto del Convenio, dado que de la situación anterior puede deducirse que la certificación aceptada es la final del Convenio. El objeto del Convenio consiste en la realización del "software" adecuado para el tratamiento informático de la tramitación de los expedientes de contratación, con su manual de empleo, así como la instrucción del personal que ha de utilizarlo. La razón alegada por esta Dirección General para no realizar el acta de recepción del citado "software" es la de que no es precisa la recepción en los términos fijados por la L.C.A.P para una actuación no comprendida en su ámbito de aplicación. Por ello, se considera que debe sustituirse la recepción con un certificado que acreditando el cumplimiento de lo convenido, produzca los mismos efectos administrativos que el trámite reglado de la recepción.

Para resolver esta discrepancia, que no es sino reproducción de otras anteriores, y que está paralizando la tramitación del pago del precio convenido, es por lo que se eleva escrito a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa para que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dictamine sobre la necesidad o no del acto formal de recepción en las actuaciones interadministrativas que están expresamente excluidas del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme señala su art. 3.a.p. 1.

Como apoyo del criterio de esta Dirección General sobre la inaplicabilidad de la recepción reglada por la L.C.A.P. y sus normas de desarrollo, se señala que el R.D. 2188/1995, por el que se regula el régimen del control interno que ha de ejercer la Intervención General de la Administración del Estado, dispone en su art. 28 que en los casos en que la intervención de la comprobación material de la inversión no sea preceptiva, la comprobación de la inversión se practicará con el acta de conformidad firmada por quienes participaran en la misma o con una certificación expresiva por el Jefe del centro, dependencia u organismo a quien corresponda recibir o aceptar, como se ha realizado en este caso.

De forma específica, para las actuaciones de tipo inmaterial realizadas mediante Convenio con otros órganos de las Administraciones, el mencionado criterio es concordante con la L.C.A.P, que en el Título IV de su Libro II, sobre contratos de consultoría, asistencia técnica y servicios, entre los que se incluye el desarrollo de los programas de ordenador en su art. 197.3.d), no prescribe un acto de recepción formal del objeto de contrato, lo que abona el criterio sostenido por esta Dirección General acerca de la innecesariedad del mismo.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el mismo es suscrito por el Subdirector General de Presupuestos y Contratación de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes en sus informes de 21 de diciembre de 1995; de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997 y 11 de junio y dos de 30 de junio de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de organismos autónomos y entes Públicos, Interventor General de la Administración del Estado, Presidentes de las organizaciones empresariales representativos de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, titulares de las Consejerías de comunidades autónomas y Presidentes de Entidades Locales. En consecuencia, al venir formulada la consulta por el Subdirector General de Presupuestos y Contratación, de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, del Ministerio de Medio Ambiente, debe considerarse inadmisible dicha consulta, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas que menciona el artículo referido.

2. No obstante lo anterior y por el interés que pueda suscitar para casos similares, esta Junta considera conveniente realizar algunas precisiones en relación con las cuestiones suscitadas.

En primer lugar debe señalarse que la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los convenios de colaboración excluidos de la misma por lo dispuesto en su artículo 3.1, apartados c) y d) solo puede entrar en juego por lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Ley expresivo de que "los supuestos contemplados en el apartado anterior se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse", siendo muy distinto, como ha tenido ocasión de declarar esta Junta, la aplicación de principios de la aplicación concreta de preceptos, por lo que puede sostenerse que en los convenios excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se requiere un acto formal y positivo de recepción o conformidad, como exige el artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los requisitos y efectos previstos en la propia Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario, siendo suficiente, la expedición de certificado que acredite el cumplimiento de lo convenido, pues con ello se aplican los principios de la Ley y no el precepto concreto de su artículo 111.

La segunda precisión que debe realizarse es la de que existiendo o pudiendo existir una discrepancia entre el órgano gestor y la Intervención Delegada de la resolución de la misma habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley General Presupuestaria.

Informe 44/98, de 16 de diciembre de 1998. "Posibilidad de exigencia de declaración responsable sobre contratación de minusválidos y utilización en los concursos de criterios de adjudicación que atribuyan en la valoración de la oferta de una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato".

ANTECEDENTES.

Por D. José Luis Alonso Alonso, en su calidad de Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (C.N.C.) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formulando consulta en relación con la exigencia a los licitadores de determinados requisitos formales y con la utilización de criterios de adjudicación que no se refieren a la oferta, figurando redactado dicho escrito en los siguientes términos:

«Algunos órganos de contratación están incluyendo en los últimos tiempos en sus pliegos para la contratación de obras cláusulas en las que se establece que el licitador habrá de aportar una declaración responsable de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores. La medida parece justificarse en el hecho de que tal obligación viene impuesta por el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. Sin embargo, el propio precepto, en su redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, prevé que las empresas puedan quedar exentas de tal obligación a través de la negociación colectiva.

El sector de la construcción cuenta con un acuerdo específico sobre la materia, firmado el 18 de junio de este año por la CNC y los sindicatos FECOMA-CCOO y FEMCA-UGT, mediante el cual se ha establecido que el cómputo del 2 por 100 se realizará sobre el personal adscrito a centro de trabajo permanentes y no sobre el personal de obra. Pero al margen de ello, entendemos que carece de sentido exigir la mencionada declaración responsable a los licitadores, puesto que no responde a ninguna de las causas de prohibición para contratar previstas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

La exigencia de esa declaración específica sobre el porcentaje de trabajadores minusválidos empleados, en la medida en que tiene con efecto la exclusión de las empresas licitadoras que no alcanzan el porcentaje establecido en los pliegos, supone una merma del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública. Y ello sin justificación alguna, puesto que estas empresas pueden perfectamente estar cumpliendo lo pactado en la negociación colectiva y lo previsto en la legislación.

Por otra parte, se observa en determinados pliegos para la contratación de obras mediante concurso la inclusión de algunos criterios de adjudicación que no se corresponden con elementos objetivos referidos a la oferta, tal y como exige el artículo 87 de al Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas. Son cláusulas que se denominan de "calidad y estabilidad del empleo" y que atribuyen en la

valoración de la oferta una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa y las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato.

A juicio de esta Confederación, está claro que estos criterios no responden a la finalidad de seleccionar la oferta más ventajosa para los intereses públicos, finalidad que debe presidir todo el proceso de adjudicación, de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública, tanto española como europea. La propia Comisión Europea se ha manifestado en repetidas ocasiones rechazando la utilización de criterios de adjudicación que no afectan a la valoración de la oferta. Y existe en ese sentido reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por todo lo expuesto interesa a esta Confederación conocer el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes extremos:

11.)¿Resulta ajustada a Derecho la exigencia a los licitadores de una declaración responsable de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores?

21.)¿Pueden introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos criterios de adjudicación que atribuyan en la valoración de la oferta de una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato?».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Dos son las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta del Presidente de la C.N.C. consistiendo la primera en determinar si resulta ajustada a derecho la exigencia a los licitadores de una declaración responsable de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en el caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó más trabajadores y la segunda también en determinar el ajuste a derecho de la introducción en los pliegos de cláusulas administrativas de los concursos de criterios de adjudicación con atribución en la valoración de la oferta de una puntuación en función de los factores que se enumeran. Ambas cuestiones deben ser examinadas y resueltas por separado, teniendo en cuenta que, respecto a la primera, las normas de la legislación española, al contener elementos interpretativos suficientes, bastan para su solución y, respecto a la segunda, que resulta necesario abordarla desde el doble punto de vista de la normativa comunitaria y de la propia legislación española, en cuanto esta última incorpora los criterios y preceptos concretos de aquélla.

2. Para resolver la primera cuestión -la relativa a la exigencia de una declaración sobre el empleo de minusválidos- hay que partir de los dos únicos preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que contemplan esta circunstancia a propósito de las prohibiciones de contratar (artículo 20 d) y de los criterios de adjudicación a empresas que tengan en su plantilla minusválidos (disposición adicional octava).

El artículo 20 d) de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera incursa en prohibición de contratar a la persona, hay que entender que tanto física como jurídica, que, entre otras circunstancias que menciona, haya sido condenada o sancionada con carácter firme por delito o infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos. Por su parte la disposición adicional octava, bajo el título de "contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos" viene a establecer que "los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación".

El análisis de estos dos preceptos produce un primer comentario consistente en afirmar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no contempla la contratación con minusválidos como requisito de capacidad de obrar o de solvencia, sino, en determinadas condiciones, como causa de prohibición de contratar o criterio "preferente" para la adjudicación de contratos.

En cuanto a la prohibición de contratar la Ley no considera causa de la misma el incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas, concretamente, el incumplimiento del artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, sino la circunstancia de haber sido condenada o sancionada, con carácter firme, por delito o infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos, por lo que la declaración responsable a que se refieren tanto el artículo 21.5, como el artículo 80.2 b) de la Ley ha de ser referida, como ambos preceptos señalan, a la no concurrencia de situación de prohibición de contratar, es decir, a no haber sido condenadas o sancionadas con los requisitos establecidos en el artículo 20 d), sin que esta declaración responsable de un hecho negativo -se insiste la no condena o sanción- pueda ser sustituida por otra declaración responsable de un hecho positivo de tener contratados trabajadores, pues la falta de esta última declaración responsable de un hecho positivo de tener contratados trabajadores minusválidos al menos en un 2 por 100 de la plantilla, en caso de que dicha plantilla ascienda a 50 ó mas trabajadores no podría tener consecuencia alguna en orden a la admisión o exclusión de licitadores, al no venir configurado el hecho positivo de la contratación de minusválidos, ni como circunstancia de capacidad o solvencia, ni el hecho negativo de la no contratación como causa de prohibición de contratar.

Tampoco la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas constituye argumento favorable a la exigencia de la declaración responsable de contratación de minusválidos en el sentido que venimos examinando. El alcance de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pese a su apariencia, es bastante limitado, pues no hay que olvidar que la preferencia que establece lo es para el supuesto, en los concursos, de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, pero, sobre todo, que es lo que aquí interesa, que la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que, al tener que venir necesariamente establecida tal preferencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referirla la disposición adicional octava al momento de acreditar la solvencia técnica, serán las propias empresas las que tengan que acreditar, no simplemente declarar, que cumplen los requisitos que la citada disposición adicional octava exige, resultando obvio que la empresa que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas.

Como resumen de este apartado debe afirmarse, por tanto, que la exigencia de declaración responsable sobre trabajadores minusválidos contratados por la empresa no resulta ajustada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni a efectos de la prohibición de contratar prevista en su artículo 20 d), ni a efectos de la preferencia para la adjudicación contemplada en su disposición adicional octava.

3. La segunda cuestión que se plantea es la posibilidad de introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los concursos para la adjudicación de contratos de obras criterios que atribuyan una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa por trabajadores de la empresa o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución de la obra. Tal cuestión debe ser abordada, con carácter general, en el ámbito de la normativa comunitaria y de la legislación española para examinar, a continuación, cada uno de los criterios reseñados.

4. La normativa comunitaria en materia de contratos de obras está constituida, como es sabido, por la Directiva 93/37/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993, aunque se llegaría a conclusiones idénticas del examen de la Directiva 93/36/CEE sobre contratos de suministro y de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, que, en los aspectos que van a ser examinados, establecen las mismas reglas que las que hoy figuran incorporadas a la Directiva 93/37/CEE.

En el Capítulo 2 de su Título IV (artículos 24 a 29) bajo la rúbrica "criterios de selección cualitativa" la Directiva 93/37/CEE establece las condiciones que han de reunir las empresas para concurrir a las licitaciones, unas de carácter positivo (inscripción en determinados Registros, capacidad financiera, económica y técnica y posibilidad de clasificación) y otras de carácter negativo (circunstancias que permiten excluir a las empresas de licitación). Por su parte, el Capítulo 3 del mismo Título IV (artículos 30 a 32) bajo la rúbrica de "criterios de adjudicación del contrato" establece los dos únicos de adjudicación al precio más bajo o de adjudicación a la oferta más ventajosa económicamente, indicando que en este último caso se atenderá a criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

Una interpretación de los preceptos de la Directiva 71/305/CEE, hoy sustituidos por los de la Directiva 93/37/CEE, coincidentes con aquellos en estos extremos, la realiza la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87-Beentjes B.V.) que, aparte de otras declaraciones afectantes a otros extremos en ella planteados, aborda la cuestión de la diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación del contrato, la de los criterios de adjudicación del concurso cuando no juega el del precio más bajo y la de la condición de emplear parados de larga duración.

En cuanto a la diferenciación entre selección del contratista y adjudicación del contrato, basta remitirse a nuestro informe de 11 de noviembre de 1998 (Expediente 27/98) con el que con base a la Sentencia que examinamos y los criterios de solvencia, entre ellos la experiencia, se sostenía que, en los procedimientos abiertos, tales criterios debían tenerse en cuenta en la fase de selección del contratista y no en la adjudicación del contrato.

En cuanto a los criterios de adjudicación que no sean el del precio más bajo la Sentencia realiza la siguiente declaración:

"Si la segunda alternativa (se refiere a la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa), deja a los poderes adjudicadores la elección del criterio de adjudicación del contrato que ellos consideran conveniente, esta elección no puede basarse más que en criterios tendentes a identificar la oferta económicamente más ventajosa" añadiendo que "en efecto, no es más que a título de excepción el que el apartado 4 del mismo artículo (se refiere al artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, coincidente con el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE) admita que la adjudicación pueda ser fundada sobre criterios de naturaleza diferente en el cuadro de una reglamentación tendente a hacer beneficiarse a ciertos licitadores de una preferencia a título de ayuda, a condición de que la reglamentación invocada sea compatible con el Tratado, particularmente con los artículos 92 y siguientes".

Interesa destacar que aunque la Sentencia admita la utilización de otros criterios para la adjudicación lo hace con carácter muy limitado, puesto que la referencia al apartado 4 del artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, hoy artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, limita tal posibilidad a que criterios distintos de los del precio más bajo o de proposición más ventajosa económicamente estén establecidos o previstos en una normativa vigente en el momento de adoptar la Directiva (se refiere a la 71/305/CEE) que tenga por objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa indicada sea compatible con el Tratado. Obviamente esta excepción no resultaría aplicable en ningún caso a España, que en la fecha de incorporación de la Directiva 71/305/CEE no tenía en vigor tal normativa excepcional sin perjuicio de que además, como veremos, la discriminación por razón de nacionalidad sea incompatible con el Tratado.

Refiriéndose a la condición de emplear parados de larga duración se realiza en la misma Sentencia la siguiente consideración:

"La exigencia de emplear parados de larga duración podría notablemente enfrentarse al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado por el artículo, apartado 2 del Tratado, en el caso de que se revelase que tal condición no podría ser cumplida más que por los licitadores nacionales o bien que sería muy difícilmente cumplida por los licitadores provenientes de otros Estados miembros" añadiendo que "corresponde al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la exigencia de tal condición tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta". En la propia Sentencia se califica la condición de emplear parados de larga duración como "condición particular suplementaria".

Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia no es el de que la condición de emplear parados sea un criterio para la adjudicación del contrato, sino una condición exigida a todos los licitadores, pero la argumentación utilizada en cuanto a la discriminación o no discriminación aporta elementos interpretativos valiosos a efectos del presente informe.

Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir, que

no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros.

5. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene preceptos muy similares a los de las Directivas comunitarias, como no podía ser de otra manera, y, por tanto, deben ser interpretados en el sentido señalado, tanto en relación con el contrato de obras, como en relación con los demás contratos regulados en la propia Ley.

La solvencia económica, financiera y técnica de las empresas se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley y los criterios de adjudicación en los concursos (criterio de adjudicación a la proposición más ventajosa económicamente en la terminología comunitaria) se contemplan en el artículo 87 que señala que deberán ser objetivos, figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, indicándose por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, sin que en la enumeración de criterios que a título ejemplificativo realiza (precio, 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 y el servicio postventa) aparezca ninguno que haga referencia a características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato.

Por lo demás la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene un precepto significativo que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación del concurso se hace de manera expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado. Nos estamos refiriendo a la ya examinada disposición adicional octava referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, precisamente por su contemplación por la Ley, no tratándose, en realidad de un propio criterio de adjudicación sino que tiene el alcance más limitado de atribuir preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos solo en el caso de que "dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación".

También, por tanto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que las Directivas comunitarias, diferencian la fase de selección de contratistas, en la que se toman en consideración características de las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que en el concurso, han de establecerse criterios objetivos de las propias ofertas o del objeto del contrato, siendo necesario para que excepcionalmente pudieran establecerse otras condiciones, que no produzcan efectos discriminatorios respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, debiendo destacarse, como ejemplo significativo de lo expuesto, el contenido de la disposición adicional octava de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

6. Resta por último, en el presente informe hacer algunas consideraciones sobre los criterios concretos que se mencionan en el escrito de consulta, pues la exclusión de alguno de ellos puede tener un fundamento distinto al basado en las consideraciones expuestas.

En cuanto a los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato es evidente que constituyen

características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso, sobre todo, dado que pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la legislación española o que se verán imposibilitados o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos.

En cuanto al criterio de adjudicación de ejecución directa del contrato por trabajadores de la empresa su rechazo deriva de la propia regulación de la subcontratación en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si este último admite la subcontratación y establece sus requisitos parece un contrasentido que, por vía de los criterios de adjudicación, se prime a las empresas que deciden no utilizar las posibilidades del citado artículo 116, dejando aparte las consideraciones que en este lugar podrían hacerse en orden a la contradicción de tal criterio con la política de protección de las PYMES existente en el ámbito comunitario y en el ámbito español.

CONCLUSIONES.

Por todo lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la exigencia de una declaración responsable sobre los trabajadores minusválidos contratados por las empresas no se ajusta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni desde el punto de vista de la prohibición de contratar prevista en su artículo 20.d), ni desde el punto de vista de la preferencia establecida en su disposición adicional octava.

2. Que los criterios para la adjudicación del concurso han de ser objetivos, de tal manera que no produzcan discriminación respecto a los empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea efecto discriminatorio que puede apreciarse en tres de los criterios señalados en el escrito de consulta.

3. Que el criterio de ejecución de la obra por el propio personal de la obra aparece en contradicción con las posibilidades de subcontratación previstas en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, no se ajusta a la citada Ley.

Informe 46/98, de 17 de marzo de 1999. "Consideración de la sociedad 'Empresa de Transformación Agraria, S.A.' (TRAGSA) como instrumento o medio propio de una Entidad Local, para la ejecución de actividades objeto de un contrato de obras".

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente del Cabildo de Gran Canaria se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«En cumplimiento de lo acordado por este Cabildo de Gran Canaria y para despejar definitivamente las dudas de cara al futuro, y en aras de la seguridad jurídica y cumplimiento de los Ordenamientos Jurídicos comunitario y español, adjunto les remito copia compulsada del expediente administrativo completo relativo a la entidad mercantil estatal denominada "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima" (TRAGSA), al objeto de que, teniendo en cuenta la contradicción existente entre los dos informes jurídicos evacuados por el letrado asesor de esta Corporación Insular y el emitido por la Asesoría Jurídica de TRAGSA, se nos informe sobre la adecuación o no a Derecho del propósito de TRAGSA de que el Cabildo le adjudique directamente obras y demás contratos al margen de los procedimientos previstos en el Derecho comunitario sobre la contratación pública y en al propia Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.»

2. Conforme se hace constar en el anterior escrito al mismo se acompaña copia del expediente administrativo completo relativo a la "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima", en adelante TRAGSA, constituido fundamentalmente por la siguiente documentación:

a) Borrador de convenio a celebrar entre el Cabildo de Gran Canaria y TRAGSA, acompañado de diversa documentación, aportada al parecer por la Empresa TRAGSA, entre cuya documentación complementaria figura fotocopia del informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26 de julio de 1995 (Expediente 22/95) y Nota sobre el expediente de infracción abierto a TRAGSA y posteriormente archivado por la Comisión Europea.
b) Informe de 19 de septiembre de 1996 del Letrado asesor del Cabildo de Gran Canaria, integrado por 16 folios, en el que concluye que, con la excepción de las obras de emergencia y las consultas del excepcional procedimiento negociado, en las que podría tenerse en cuenta a TRAGSA, en los demás supuestos se debe aplicar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por ende, contratar las obras mediante procedimientos abiertos o restringidos.
c) Informe del Jefe de la Asesoría Jurídica de TRAGSA de 11 de noviembre de 1996, integrado por 31 folios, en el que en once apartados de conclusiones se mantiene la posibilidad de celebración del convenio entre el Cabildo y TRAGSA.
d) Nuevo borrador del convenio de referencia en el que expresamente se consigna que TRAGSA y sus filiales tienen la condición de medio propio instrumental y servicio técnico del Cabildo de Gran Canaria y, en consecuencia, que las actuaciones que a título obligatorio llevan a cabo TRAGSA o sus filiales se considerarán directamente realizadas por el Cabildo, conforme el régimen previsto en los artículos 153.1 para obras, 155.2 para gestión de servicios, 195.1 para suministros y 197.1 en relación con el 203.1 para servicios, consultorías y asistencias, todos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

e) Nuevo informe de la Asesoría Jurídica de TRAGSA fechado el 5 de junio de 1998 y constituido por 14 folios, en el que rebatiendo los argumentos del Letrado Asesor del Cabildo vuelve a insistir en la viabilidad jurídica del convenio a que se refiere el expediente.
f) Segundo informe del Letrado asesor del Cabildo de Gran Canaria fechado el 29 de julio de 1998, integrado por 13 folios, en el que vuelve a reiterar los criterios de su primer informe y propone que "para despejar las dudas de cara al futuro y las posiciones jurídicas contrarias existentes en la actualidad, así como en aras de la seguridad jurídica y cumplimiento de los ordenamientos jurídicos comunitario y español, procedería que este Cabildo adoptara el acuerdo de formular la oportuna consulta, con remisión del expediente administrativo completo, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y también a la Comisión de la Comunidad Europea (órgano al que compete velar por la aplicación de los Tratados y por la gestión y aplicación de las disposiciones dictadas para su aplicación)."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones de fondo suscitadas conviene hacer algunas consideraciones previas sobre los aspectos formales de la tramitación del expediente.

Aparte de la fotocopia de ciertas disposiciones, del informe de esta Junta de 26 de julio de 1995, de una Nota sobre el expediente comunitario de infracción a TRAGSA y de las sucesivas versiones del borrador de convenio, el expediente está exclusivamente constituido por los extensos informes del Letrado Asesor del Cabildo y de la Asesoría Jurídica de TRAGSA, planteándose expresamente en el oficio de remisión del expediente que se resuelva la contradicción existente entre dichos informes, lo que obliga, como es obvio, a analizar el significado jurídico de los distintos informes obrantes en el expediente y, sobre todo, la competencia y funciones de esta Junta en relación con ellos.

2. Lo primero que hay que destacar es que, en el expediente, parecen ponerse en pié de igualdad los informes del Letrado Asesor del Cabildo y de la Asesoría Jurídica de TRAGSA, cuando tienen un significado distinto.

Los informes del Letrado Asesor del Cabildo son informes del órgano que tiene encomendado su asesoramiento jurídico y, por tanto, reciben el tratamiento previsto en los artículos 82, 83 y 54 1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, son informes no preceptivos, ni vinculantes, de cuyos criterios el Cabildo puede apartarse con el requisito de motivar expresamente su decisión. Por el contrario los informes de la Asesoría Jurídica de TRAGSA, empresa que pretende celebrar un convenio con el Cabildo, deben considerarse opiniones de dicha empresa, sin el significado de los que emite el órgano de asesoramiento del Cabildo, a no ser que se entienda que, la posible consideración de medio propio, a la que posteriormente se aludirá, lleva consigo la conclusión de que la Asesoría Jurídica de TRAGSA es también Asesoría Jurídica del Cabildo de Gran Canaria, tesis que, por absurda, debe quedar plenamente rechazada.

Sentado lo anterior y, en este punto, hay que reiterar criterios anteriores de esta Junta (Informes de 18 de diciembre de 1996 -expediente 62/96- y de 11 de noviembre de 1998 -expediente 31/98-) en el sentido de que nuestro ordenamiento jurídico no establece un sistema de alzadas en materia de informes jurídicos de manera que los

de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sirvan para desvirtuar el contenido de otros informes que obren en el expediente -en este caso concreto para resolver discrepancias entre informes- y muy claramente deja en libertad a los órganos de contratación, salvo en los supuestos excepcionales de informes vinculantes, de seguir o apartarse de los criterios de los informes emitidos sin más requisito, en el segundo extremo de la alternativa, que motivar adecuadamente su decisión.

En el presente caso, resulta que sobre la cuestión de fondo planteada -la posibilidad de celebrar un convenio entre el Cabildo y TRAGSA- el primero cuenta con informes suficientemente expresivos en cuanto a tal posibilidad del Letrado asesor del Cabildo y que este último queda en libertad de resolver la cuestión ajustándose a los criterios de los informes emitidos o apartándose de ellos, lo cual le exigirá motivar su decisión, lo que no le resultará difícil teniendo en cuenta los extensos informes o manifestaciones incorporados al expediente procedentes de la Asesoría Jurídica de TRAGSA.

3. La conclusión del apartado anterior no constituye obstáculo para que esta Junta reitere criterios generales expuestos en anteriores informes u otros nuevos, teniendo en cuenta que así se solicita expresamente en el oficio de remisión, atendiendo una propuesta del Letrado asesor del Cabildo en su informe de 29 de julio de 1998 y que, entre la documentación aportada figura copia del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26 de julio de 1998 (expediente 22/95) que pretende utilizarse como argumento en favor de la tesis de TRAGSA, lo que trata de contradecirse en el informe del Letrado asesor del Cabildo.

4. En primer lugar ha de destacarse que partiendo del dato de la personalidad y de la distinción, en el ámbito público, de las entidades sujetas al Derecho público y al derecho privado, la Junta Consultiva ha venido sosteniendo que mientras los Entes públicos sujetos del derecho público se relacionan con las Administraciones Públicas a través de los convenios excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 3.1 c), las entidades privadas, entre las que hay que incluir los entes o sociedades públicos sujetos en su actividad contractual al derecho privado, como sucede con TRAGSA, pueden celebrar con las Administraciones Públicas convenios excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud de su artículo 3.1 d) de la misma, siempre que, en este caso, como dice literalmente el precepto, Asu objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales (dos informes de 4 de abril de 1989 -expedientes 1/89 y 6/89 y el informe de 15 de abril de 1993 -expediente 3/93).

Resultaría así que el convenio de colaboración entre el Cabildo de Gran Canaria y TRAGSA solo podría tener cabida en el artículo 3.1 d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre que su objeto no estuviese comprendido en los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales, lo cual no sucede en el presente caso en el que, por vía de convenio, pretende atribuirse directamente a TRAGSA obras y otros contratos.

5. En segundo lugar ha de hacerse mención del informe de esta Junta de 26 de julio de 1995 (expediente 22/95), que es utilizado en sentido contrario por el Letrado asesor del Cabildo y por la Asesoría Jurídica de TRAGSA.

La simple lectura del informe no arroja luz sobre la cuestión planteada, pues, aparte de producirse en un supuesto de falta de legitimación y, por tanto, carente apenas de argumentación, se limita a señalar que Aen principio, las relaciones entre la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del principado de Asturias y la empresa

TRAGSA han de articularse en el marco de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando todas sus posibilidades, es decir, los supuestos de exclusión de la Ley, la ejecución de obras por la Administración y la utilización del procedimiento negociado siempre que, como es lógico, en cada supuesto concurran los requisitos legalmente establecidos@ que es lo que, hasta ahora se viene razonando, sin que al archivo de una denuncia contra TRAGSA ante la Comisión Europea, pueda atribuírsele otro alcance que el derivado de su referencia concreta en el escrito de consulta sobre si el expediente instruido por la Comisión podía ser un obstáculo a la aplicación del convenio existente entre la Consejería consultante e ICONA.

6. Por último ha de abordarse la cuestión básica del expediente de si TRAGSA debe considerarse instrumento o medio propio del Cabildo de Gran Canaria. A juicio de esta Junta existen argumentos para descartar tal caracterización, fundamentalmente teniendo en cuenta que el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social no menciona expresamente a las Entidades Locales, por lo que debe concluirse que es difícil admitir que TRAGSA sea medio propio o servicio técnico del Cabildo de Gran Canaria, a efectos de la ejecución de contratos.

En todo caso, si se llegara a la solución afirmativa que se cuestiona en el presente informe igualmente habría que llegar a la conclusión de la inutilidad del convenio que se pretende celebrar ya que las posibilidades de que TRAGSA actuase como instrumento o medio propio del Cabildo derivaría directamente de la Ley y no de la celebración de un convenio.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que no entra dentro de sus competencias específicas el resolver discrepancias entre informes jurídicos y que en el presente expediente, al existir informes del Letrado asesor del Cabildo de Gran Canaria sobre la cuestión de fondo suscitada, el propio Cabildo tiene libertad para decidir aceptando o apartándose de los criterios de los informes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 54.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Que, no obstante lo anterior, deben reiterarse criterios anteriormente expuestos por esta Junta en cuanto a las relaciones entre sociedades públicas mercantiles y las Administraciones Públicas, sin que existan argumentos suficientes para que se considere a TRAGSA instrumento o medio propio del Cabildo de Gran Canaria, lo que, en su caso, podría desvirtuar tales criterios.

Informe 48/98, de 17 de marzo de 1999."Validez como certificaciones acreditativas de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social de las documentos denominados 'Certificado de situación de cotización' expedidas por empresas particulares".

ANTECEDENTES.

La Directora General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Cultura dirige escrito al Presidente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente texto:

"La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (L.C.A.P.), en su artículo 80 "Proposiciones de los interesados", establece en su apartado 2 e) "Deberán ir acompañadas en sobre aparte, de los siguientes documentos:
e) Los que acrediten hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes."

Adicionalmente, el art. 9º del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo "Expedición de certificaciones" determina que el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social se acreditará mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente.

Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en la Orden de 3 de abril de 1995 (B.O.E. de 7 de abril) del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se han presentado escritos de empresas particulares certificando la situación de cotización a la Seguridad Social de las empresas ofertantes.

El objeto de esta comunicación es solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dictamen acerca de la validez de las certificaciones expedidas por empresas particulares y, si así fuera, desearía conocer los términos de la autorización de estas empresas que serían exigibles para determinar su validez.

Se acompaña documento en fotocopia del escrito presentado como "Certificado de situación de cotización"."

Acompaña, como indica, una fotocopia de un documento denominado CERTIFICADO DE SITUACIÓN DE COTIZACIÓN" en el que la entidad con la denominación social SELMAR, S.A., certifica que los datos que figuran en el documento han sido transmitidos y validados por la Tesorería General de la Seguridad Social, e impreso de forma autorizada, surtiendo efectos en relación con el cumplimiento de las obligaciones conforme al artículo dos de la Orden de 3 de abril de 1995, expidiendo el documento como titular de la autorización número 002616 concedida en 12/11/1996 a SELMAR, S.A. No se identifica en el documento la persona que firma el mismo, siendo su firma ilegible.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que plantea en su escrito la Directora General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Cultura han de ser resueltas mediante el

análisis de los distintos aspectos que en la misma inciden, referido a las distintas normas que afectan a la cuestión.

En primer lugar, deben analizarse las normas que regulan las causas por las que se determinan los supuestos de prohibición de contratar, en cuanto se refiere a la consulta formulada, la concurrencia de las mismas en los procedimientos de adjudicación de los contratos, y su acreditación o apreciación en los mismos. En segundo lugar, debe analizarse el documento remitido acompañado al escrito de solicitud de este dictamen, para deducir las consecuencias que de su contenido se derivan desde lo establecido en las distintas normas que resultan de aplicación y confrontar si se acredita por el mismo lo establecido al respecto por las normas aplicables.

2. El artículo 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece, respecto de su apartado f), que en ningún caso podrán contratar con las Administraciones Públicas las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: f) no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine. El artículo 21 en el apartado 5 dispone que la prueba de los empresarios de no estar incursos en las prohibiciones de contratar con la Administración, señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras, podrá realizarse mediante testimonio judicial, o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

Es decir, la causa de prohibición de contratar existe cuando la persona incurre en uno de los supuestos que el artículo 20 determina, y en concreto, en cuanto se refiere parcialmente en el apartado f) al cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, cuando se cumplan las previsiones reglamentarias a que el mismo apartado remite.

El Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, determina en su artículo 8, Obligaciones de Seguridad Social, cuando se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, señalando a tal efecto que lo será cuando concurran las siguientes circunstancias:
a) estar inscritas en el sistema de la Seguridad Social;
b) haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta a los trabajadores que presten servicios en la empresa;
c) haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquellas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación; y
d) estar al corriente del pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

En el artículo 9, apartado 1, se dispone que las circunstancias mencionadas en el artículo 8 se acreditarán mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, señalando que cuando la empresa no esté obligada a presentar los citados documentos se acreditará tal cumplimiento mediante declaración responsable. En el apartado 2 se determina que las certificaciones expedidas podrán ser positivas o negativas, según cumplan o no los requisitos citados indicando en este último

supuesto cuáles son las obligaciones incumplidas. El apartado 3 señala que las certificaciones serán expedidas por el órgano competente en un plazo máximo de veinte días, habilitándose a las empresas para acreditar tal circunstancia, cuando no se le ha expedido la certificación, mediante la presentación de la solicitud del certificado.

La Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 3 de abril de 1995, sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación, establece en su artículo 1 que las actuaciones relativas a la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variación de datos de una y otros, así como la recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, conforme a la normativa en vigor, podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos. En el artículo 2 se dispone que las transmisiones de datos que se efectúen por los citados medios en relación con las actuaciones que en el artículo 1 se señalan por parte de quienes hayan sido autorizados para ello y en los términos que para cada caso fije la Tesorería General de la Seguridad Social, determinarán, según se trate, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones en relación con las solicitudes de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de que se trate, así como de la presentación de documentos en orden a las obligaciones de cotización y recaudación, indicando en el segundo párrafo que los actos administrativos realizados por la citada Tesorería General que se deriven de la citada transmisión de datos, tendrán plena validez y eficacia, generando los derechos y obligaciones establecidos en la normativa en vigor en relación con dichos actos. El artículo 3 faculta a la Tesorería General de la Seguridad Social para autorizar a las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos obligados en relación con dichas actuaciones, es decir, afiliación, alta, bajas y variaciones de datos, cotización y recaudación, a la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, en las actuaciones y en los términos a que se refiere la Orden, autorización que se hace extensiva los profesionales colegiados que en el ejercicio de su actividad profesional deban presentar o confeccionar documentación relativa a los actos a que se refiere la Orden con el requisito de que para ello deberán ostentar la representación de la empresa. El artículo 4 regula la operatividad del sistema indicando que si fuera necesario obtener en soporte papel información escrita para surtir efectos ante terceras personas u organismos, relativa a las actuaciones tramitadas y aceptadas a través de los citados medios, podrán aplicar métodos de impresión autorizada facultándoseles a certificar con sello y firma dicha impresión recibida de la Tesorería General de la Seguridad Social.

3. Así del contexto normativo comentado podemos obtener diversas conclusiones. La primera, que en ningún caso podrán contratar con las Administraciones las personas que no se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, obligaciones que se concretan en su afiliación y situación en alta en el Régimen correspondiente, en la afiliación y alta de los trabajadores de la empresa, en la presentación de los documentos de cotización y en el pago de las cuotas correspondientes, referidos a los doce meses anteriores a la fecha de la solicitud de expedición de la certificación, y, por último, a estar al corriente del pago de las citadas cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social. La segunda, que la acreditación de tal requisito ha de realizarse mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, que, cuando no pueda ser expedida por éste, podrá ser sustituida por una declaración responsable de la persona titular de la empresa o de sus representantes ante una autoridad administrativa, notario u organismo profesional cualificado, o bien mediante la presentación de la solicitud de expedición de tal certificación. La tercera, que la certificación, que se referirá al cumplimiento de las circunstancias que se enumeran en el artículo 8.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de

marzo, será positiva cuando se haya acreditado ante la Tesorería General de la Seguridad el cumplimiento de todos y cada uno de los citados datos, y será negativa cuando se incumplan una o varias de las citadas circunstancias, citando en tal caso cuales son las obligaciones incumplidas, circunstancia que podrá ser confrontada por la empresa en el supuesto de disconformidad con la misma e impugnada, en su caso, mediante el correspondiente procedimiento administrativo, dirigido a resolver las posibles discordancias entre la afirmación de la Administración y la valoración de tal condición por la empresa.

La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los efectos establecidos en la Orden de 3 de abril de 1995, no comprende todos los supuestos que el Real Decreto 390/1996, de 1 de abril, establece en la previsión reguladora establecida por el apartado f) del artículo 20 de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por una parte, su utilización se dirige a las actuaciones relativas a la inscripción de empresas, a la afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos de unas y otros, y a la cotización y recaudación derivados de tales actuaciones, referidos a aquellas empresas agrupaciones de empresas o sujetos obligados en relación con tales actuaciones, así como a los profesionales colegiados en el ejercicio de su actividad profesional, cuando estos, en función del correspondiente apoderamiento de representación otorgados expresamente por las empresas o sujetos obligados en cuyo nombre actúen, obtengan la correspondiente autorización de la Tesorería General de la Seguridad Social para tal fin. Es decir, pueden acreditar la circunstancia directa personal respecto de circunstancias definidas, pero no pueden acreditar en ningún caso si la empresa se encuentra al corriente del pago real y efectivo de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social que no derivan de las mismas, sin que tampoco puedan hacer uso del sistema informático para referirse a terceras personas de quienes no han recibido el correspondiente poder de representación. Tal conclusión se corrobora en la propia denominación del documento como "Certificado de situación de cotización", que por si mismo expresa el propio límite de su contenido.

Pero la facultad que se confiere en el artículo 4, debe ser analizada para determinar si tiene virtualidad de aplicación para producir efectos ante un órgano de la Administración en la acreditación, como prueba, de que las empresas que concurren a la adjudicación de contratos no están incursas en causa de prohibición para contratar, cuando en el párrafo primero del artículo se indica que quienes hayan sido autorizados, personas o empresas no integradas en las Administraciones Públicas como órganos de la mismas, pueden aplicar los métodos de impresión autorizada facultándoseles para sellar y firmar la impresión en papel recibido de la Tesorería General de la Seguridad Social. El artículo 21.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que la acreditación se efectuará mediante testimonio judicial o certificación administrativa, certificación que de acuerdo con el artículo 9, apartados 1 y 3, del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, se expedirá por el órgano competente, y que cuando la misma no pueda ser expedida por el mismo, por aplicación del citado apartado 4 del artículo 21 o por lo dispuesto en el inciso final del apartado 1 del citado artículo 9?, se podrá sustituir por declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado, o por la presentación de la solicitud de expedición del certificado formulada por la empresa, en la previsión del inciso final del apartado 3 de este último artículo. No existe en la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas otra forma de acreditación ni otra competencia de intervención en la expedición de los documentos acreditativos del hecho de no estar incursas las empresas en causa de prohibición de contratar. Sin embargo, podría interpretarse que por lo dispuesto en el artículo 4 de la Orden de 3 de abril de 1995 se produce una facultad de firma y sello de las certificaciones a personas a ajenas a las

Administraciones Públicas, pero no es menos cierto que tal atribución de facultad no se fundamenta en exclusiva en los artículos 45 y 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que cita el preámbulo de la misma, sino en los artículos 12 y 15 de la misma, que establecen, en el primero de ellos, que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, y que la encomienda de gestión y la delegación de firma no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén, y, en el segundo, que la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, pudiendo cada Administración regular los requisitos necesarios para la validez de los acuerdos, que incluirán expresa mención de las actividades a que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada, excluyendo de tal posibilidad de encomienda de gestión en personas o entidades sujetas a derecho privado cuando la actividad haya de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Es evidente que el artículo 9 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, establece que las certificaciones serán expedidas a solicitud de las empresas, y deberán ser expedidas en el plazo de veinte días, solicitud que, de conformidad con lo dispuesto en el título VI de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se formalizará y resolverá conforme a normas del derecho administrativo, por lo que no podrán ser encomendadas a personas o entidades distintas de las Administraciones Públicas.

4. De cuanto se expone cabe deducir que por la autorización que la Orden de 3 de abril de 1995 al facultar a las empresas, a las agrupaciones de empresas, a los demás sujetos obligados y a los profesionales colegiados que en el ejercicio de su actividad profesional actúen en representación de la misma en tal objeto para la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores de las mismas, la variación de los datos de unas y otros, y, por último, respecto de la cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, todos ellos pueden actuar en el contexto de la misma en cuanto no afecte a cuestiones sometidas en su procedimiento a normas de derecho administrativo y en todo caso distintas de la acreditación de encontrarse al corriente las empresas del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social en la extensión de circunstancias que, respecto de la misma, establece el artículo 8 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de contenido superior al establecido en la citada Orden.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entiende:

1. Que la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social se realizará bien mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, la Tesorería General de la Seguridad Social, que será positiva o negativa respecto de si cumplen todas y cada una de las circunstancias que establece el artículo 8 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, expresando en caso negativo las que no se encuentran justificadas, bien por la solicitud de la certificación cursada por la empresa, cuando haya transcurrido el plazo de veinte días para su expedición, o bien, cuando la empresa no esté obligada a presentar las declaraciones o documentos

a que se refiere el citado artículo, por declaración responsable de la misma ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

2. Que el documento denominado "Certificado de situación de cotización" que expide y firma por autorización la entidad con la denominación SELMAR, S.A., que acompaña a su escrito la Directora General de Personal y Servicios de Educación y Ciencia, no es válido a los efectos de acreditar que las empresas no están incursas en la causa de prohibición de contratar establecida en el apartado f) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, en las circunstancias enumeradas en el artículo 8 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

Informe 2/99, de 17 de marzo de 1999. "Contenidos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares respecto de la inclusión del término 'equivalente' para la descripción de productos; de los medios para la acreditación de la solvencia; obligación de expresar los elementos o productos integrados en 'stocks' de la Administración que debe asumir el contratista".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas Suministradoras y Contratistas de las Administraciones Públicas (AESPYME), en representación de la misma, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, después de exponer una serie de cuestiones que se suscitan a la Asociación y a los asociados en relación con determinados pliegos de cláusulas administrativas particulares, solicita informe de esta Junta sobre los siguientes extremos:

1. Si la mención de productos, marcas, patentes o tipos en determinados pliegos de cláusulas administrativas particulares debe llevar siempre aparejada la expresión "o equivalente" o, por el contrario, si esa mención es posible sin dicha expresión.

2. Si la correcta interpretación del artículo 18 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referente a sí los medios que menciona dicho artículo para acreditar la solvencia técnica de los licitadores son los únicos que pueden exigir los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y si, dentro de esos medios, los licitadores pueden acreditar su solvencia mediante la justificación de cumplimiento de algunos de los mismos, y, por último, si puede ser exigido en algunos Pliegos el cumplimiento de todos los que menciona el artículo 18.

3. Sobre la adecuación a la legalidad vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto a la posibilidad de convocar concursos por parte de la Administración en la que se desconozca la existencia y composición de un "stokage" previo del que debe hacerse cargo el adjudicatario, así como la posibilidad de que los concursantes desconozcan el destino de las prendas que deben suministrar y las cuantías destinadas para su transporte.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las tres cuestiones concretas mencionadas conviene hacer dos consideraciones generales acerca del carácter de los informes de esta Junta y de los medios de reacción contra cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares previstos en la legislación vigente.

En primer lugar hay que señalar que los informes de esta Junta no son vinculantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que, en este caso, el informe no se solicita por ningún órgano de contratación, por lo que cualquiera de ellos puede apartarse de los criterios que se van a exponer, sin que, exista siquiera la necesidad de motivar su decisión, de

conformidad con el artículo 54.1.c) de la citada Ley, precisamente por la circunstancia de no ser solicitado el informe por ningún órgano de contratación.

En segundo lugar hay que destacar que las discrepancias de los interesados con determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, lo que parece suceder en el presente caso, deben ser corregidas por vía de impugnación de los correspondientes pliegos, para que sean los Tribunales de Justicia los que se pronuncien sobre su conformidad o disconformidad a la legislación vigente, sin que los informes de esta Junta, en general los informes jurídicos, tengan otro alcance que ilustrar la decisión de los órganos de contratación con el alcance limitado, que en este caso ha sido puesto de relieve, derivado de la circunstancia de no solicitarse el informe por los propios órganos de contratación.

2. Hechas las consideraciones anteriores procede examinar los extremos concretos objeto de consulta.

En cuanto al primero -sobre si la expresión "o equivalente" debe acompañar siempre a la mención de productos, marcas, patentes o tipos o es posible la mención sin dicha expresión- debe ser resuelto de conformidad con el artículo 53 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo apartado 2 establece lo siguiente: "salvo que esté justificado por el objeto del contrato, no podrán incluirse en el pliego especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar determinadas empresas o determinados productos. Especialmente, no se indicarán patentes o tipos, ni se aludirá a un origen o producción determinado. Sin embargo, cuando no exista posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles se admitirá tal indicación si se acompañan las palabras Ao equivalente".

La interpretación de este precepto conduce a la conclusión de que la excepción a las prohibiciones de que esté justificado por el objeto del contrato afecta tanto a la mención de productos de una fabricación o procedencia determinada, a la indicación de marcas, patentes o tipos y a la alusión a un origen o producción determinado, pues todos estos conceptos son prácticamente idénticos.

Abona esta conclusión los términos del artículo 8.6 de la Directiva 93/36/CEE, del que el artículo 53.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pretende ser transcripción al configurar la indicación de marcas, patentes o tipos o la de un origen o una producción determinada como caso particular (en particular, dice la Directiva) del general de mención de productos de una fabricación o procedencia determinada y sobre todo la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de noviembre de 1993, que acogiendo un motivo de impugnación de la Comisión en relación con el artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado señaló que el párrafo segundo de dicho precepto reglamentario sólo exigía la mención "o equivalente" en los casos de indicaciones de marcas, licencias o tipos, mientras que el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62/CEE, entonces en vigor, exigía dicha mención también en los casos en que las especificaciones técnicas se refiriesen a productos de una fabricación o de una procedencia determinada , interpretación de la que por pura lógica se deriva que la excepción a las prohibiciones se extiende también a ambos supuestos.

Como conclusión de este apartado debe mantenerse, por tanto, que debe prescindirse de la expresión "o equivalente" en los casos que esté justificado por el objeto del contrato.

3. En cuanto al segundo extremo que se somete a consulta -la de sí los medios que menciona el artículo 18 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para acreditar la solvencia técnica son los únicos exigibles y si dentro de ellos los licitadores pueden justificar el cumplimiento de alguno y si pueden ser exigidos todos- hay que empezar por señalar que en el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el de las Directivas comunitarias la determinación de los medios de justificación de la solvencia técnica, entre ellos los del artículo 18 relativo a suministros, corresponde al órgano de contratación, no al licitador, como claramente se desprende del apartado 3 del artículo 15 expresivo de que Aen los casos en que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19". En segundo lugar, también hay que señalar que al estar facultado el órgano de contratación para exigir la justificación de uno o varios medios, lo está para la exigencia de todos, si bien debe advertirse que es obligación del órgano de contratación el precisar cual o cuales de dichos medios resulta procedente exigir en cada contrato, atendiendo a sus características, pues es evidente que la exigencia de uno o varios, incluyendo todos, de los medios de justificación no puede quedar al capricho del órgano de contratación ni consistir en el simple recurso de transposición de los respectivos preceptos legales o de remisión a éstos. Finalmente hay que indicar que respecto a la solvencia técnica no existe la norma que, respecto a la solvencia económica y financiera, consagra el apartado 2 del artículo 16 expresivo de que "si por razones justificadas un empresario no puede facilitar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera por cualquier otra documentación considerada, como suficiente por la Administración" expresión esta última que, además, deja la decisión última al órgano de contratación.

En conclusión procede afirmar que el artículo 18 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas faculta al órgano de contratación para exigir todos los medios de justificación de la solvencia técnica que enumera, sin que el licitador tenga facultades de elección en este extremo.

4. En cuanto al último extremo consultado -la posibilidad de convocar concursos en la que se desconozca la existencia y composición de un "stokage" previo del que deba hacerse cargo el adjudicatario y la posibilidad de que se desconozcan el destino de las prendas que deben suministrar y las cuantías destinadas para su transporte- ha de ser resuelto partiendo de la consideración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares como definidores de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (artículo 50 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y la posibilidad de incluir en ellos los pactos y condiciones que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena Administración. Las circunstancias a las que se alude en el escrito de consulta, existencia de "stok" de productos del que deba hacerse cargo el adjudicatario y el destino de las prendas y cuantías para su ransporte, es evidente que deben incorporarse al pliego y que, una vez incorporadas, deben ser asumidas por los licitadores que presentan proposiciones, debiendo intentar corregir cualquier deficiencia que se observe, como se indicó anteriormente, mediante la correspondiente impugnación de los pliegos.

En resumen debe afirmarse que las circunstancias mencionadas en el escrito de consulta deben ser incorporadas a los pliegos, sin que, con el carácter con que se les define, parezcan estar en contradicción con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en particular, con su artículo 4.

Informe 3/99, de 17 de marzo de 1999. "Veracidad y coincidencia con el original de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se entregan a los candidatos".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas Suministradoras y Contratistas de las Administraciones Públicas (AESPYME), en representación de la misma, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando consulta relativa a la validez y soluciones a la práctica de las Administraciones Públicas que detalla en los siguientes términos:

«Se ha planteado por nuestros asociados diferentes problemas referidos a la práctica que realizan las administraciones públicas a la hora de convocar un concurso, consistente en la publicación del anuncio, debiendo retirarse de las oficinas administrativas en algunos casos, o en otros directamente en tiendas o establecimientos dedicados a las fotocopias, los pliegos de cláusulas administrativas particulares por las que se deberá regir el concursante.

Ante esta situación, se han planteado problemas referentes a la veracidad de los pliegos retirados en cuanto a su adecuación con el pliego original que se contiene en el correspondiente expediente, habida cuenta de que el ejemplar que se suministra a los interesados no de deja de ser una simple fotocopia que no contiene sello alguno original de la administración convocante que certifique la igualdad entre el suministrado y el original, habiendose producido en algunas ocasiones divergencias entre el pliego suministrado y el pliego original que se contiene en el expediente administrativo.

Ante este hecho, se puede llegar a situaciones en las que los interesados se rijan por pliegos de cláusulas administrativas particulares erróneas con el original, con la imposibilidad de que le sean entregados dichos pliegos con copia sellada original de la Administración convocante que posteriormente puedan acreditar que dichos pliegos han sido entregados por la oficina administrativa, o por la copistería habilitada para ello, al tratarse de simples fotocopias que pueden ser alteradas por lo que no podrán servir de prueba ante una divergencia entre el pliego suministrado y el original que se encuentre en el expediente.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La primera y única consideración que debe realizarse en el presente expediente es la de que en el escrito de consulta, aunque se hace una referencia indiscriminada a las Administraciones Públicas y a las fotocopias de pliegos de cláusulas administrativas particulares, se está planteando un problema particular que debe afectar a determinados órganos de contratación y, además, que no es estrictamente de contratación, sino, con alcance más general de procedimiento administrativo.

Efectivamente, aunque de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas resulte la obligación de los órganos de contratación de facilitar a los licitadores los pliegos de cláusulas administrativas particulares (Diversos modelos de anuncios de contratos incluidos en el Anexo VI del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo), lo cierto es que todo lo relativo a fotocopias, sus requisitos y contenido escapa a la

regulación concreta de dicha legislación, por lo que, con carácter general, únicamente puede afirmarse que las fotocopias deben ajustarse al original y que, en caso de discrepancia, sea intencionada o no, deberán utilizarse los remedios, incluso la exigencia de responsabilidades, previstos en el ordenamiento jurídico con carácter general para el procedimiento administrativo, al no existir normas específicas sobre el tema en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y disposiciones de desarrollo.

Informe 4/99, de 17 de marzo de 1999. "Adjudicación de contratos para la realización de actividades culturales a asociaciones sin ánimo de lucro y cooperativas".

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Serrejón (Cáceres) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

«Este Ayuntamiento tramita expediente de contrato de prestación de servicios para la realización de actividades culturales.

Entre las ofertas recibidas figuran, una presentada por Asociación sin ánimo de lucro constituida al amparo de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y otra, por una Sociedad Cooperativa constituida al amparo de la Ley de Extremadura 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura. Tanto una como la otra se encuentran debidamente inscritas en sus respectivos registros.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, que tengan plena capacidad de obrar. Y, respecto de la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas, el punto número 2 del artículo citado señala que ésta se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil.

En atención a lo expuesto anteriormente, a esta Alcaldía se le presentan dudas sobre la posibilidad legal de contratar tanto con una Sociedad Cooperativa, como con una Asociación sin ánimo de lucro, y más aún con esta última, como consecuencia de que puede producirse una competencia desleal respecto de otros empresarios por las ventajas fiscales de que disponen, toda vez que están exentas de pagar tributos, entre otros, el IVA e Impuesto de Sociedades.

Por todo ello, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe de ese Órgano consultivo respecto al asunto planteado».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se plantea en el presente expediente -la de la posibilidad de que asociaciones sin ánimo de lucro y cooperativas puedan concurrir a un contrato cuyo objeto es la prestación de servicios para la realización de actividades culturales- ha de ser resuelta de conformidad con los requisitos exigidos por la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas para contratar con la Administración y, en relación con el supuesto que se somete a consulta, con los requisitos de personalidad y capacidad de obrar.

2. La vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a los requisitos que han de reunir los que pretenden contratar con la Administración, no regula de una manera expresa el de personalidad, sino que se centra en el de la capacidad de obrar, por entender que el segundo engloba necesariamente al primero y así la única declaración que encontramos al respecto es la del artículo 15 de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que podrán contratar con la Administración "las personas naturales o jurídicas", de donde fácilmente se deduce que el dato de la personalidad es presupuesto básico para la contratación, no pudiendo acceder a la misma quienes carezcan de este requisito (por ejemplo, comunidades de bienes), con la única excepción de que un precepto legal exceptúe expresamente de tal requisito como sucede en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuyo artículo 24 admite la contratación con uniones temporales de empresarios, aunque estas uniones carecen de personalidad distinta de los empresarios que la integran.

En el caso presente resulta indudable que tanto las Asociaciones sin ánimo de lucro, al amparo de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, como las cooperativas constituidas al amparo de la Ley de Extremadura 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura, artículo 35 del Código Civil y artículo 7 de la Ley de Extremadura, gozan de personalidad jurídica por lo que procede seguir avanzando en el examen del requisito de la capacidad de obrar que es el básico para resolver la cuestión planteada.

3. A diferencia de las personas físicas que tienen una capacidad de obrar genérica, cuya falta ha de ser suplida por los medios que conoce el ordenamiento jurídico civil, el tema de la capacidad de obrar de las personas jurídicas es más complejo y necesariamente ha de ser puesto en relación con su objeto, pues es indudable que solo pueden realizar y, por tanto, solo tienen capacidad de obrar para actividades comprendidas en su objeto.

Para los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales existe un precepto de la Ley -el artículo 198.1- que claramente así lo establece al declarar que las empresas adjudicatarias "deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredite debidamente". No obstante, la misma conclusión, para todo tipo de contrato, debe obtenerse de las declaraciones genéricas del artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de su desarrollo reglamentario constituido por el artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, ya que al establecer el precepto legal que "la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro mercantil" aclarando el precepto reglamentario que ello será así "cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable" añadiendo que "si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional, en el que constasen las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial", resulta indudable que, tanto el precepto legal, como el reglamentario, ponen en conexión, al regular la capacidad de obrar, el objeto de la persona jurídica con el propio del contrato de que se trate pudiendo afirmarse que, en definitiva el artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 41 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, establecen, para todo tipo de contratos, en cuanto a la capacidad de obrar, la misma exigencia que, para los contratos a que se refiere, consagra el artículo 198.1 de la propia Ley.

4. La consideración anterior aplicada al presente caso permite afirmar que para que una asociación sin ánimo de lucro o una sociedad cooperativa puedan acceder a un contrato convocado por el Ayuntamiento es preciso que en su objeto, definido en los respectivos estatutos, estén comprendidas las actividades de prestación de servicios para la realización de actividades culturales, debiendo ser admitidas en caso

afirmativo y rechazadas en caso negativo, sin que en tal actitud pueden influir otras consideraciones como la llamada en el escrito "competencia desleal por ventajas fiscales" ya que esta última consideración no tiene apoyo en precepto alguno de la vigente regulación de la contratación administrativa.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la posibilidad de que asociaciones sin ánimo de lucro y sociedades cooperativas puedan acceder a contratos convocados por las Administraciones Públicas depende de su capacidad de obrar y que ésta, a su vez, viene condicionada a la circunstancia de que en los respectivos estatutos se incluya como objeto de la asociación o sociedad el que lo es del propio contrato, de conformidad con los artículos 15.2 y 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

Informe 5/99, de 17 de marzo de 1999."Posibilidad de contratar con el Ayuntamiento concejales y con sociedades en formación o con sociedades civiles. Prórrogas en los contratos".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Astillero (Cantabria) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

«El Ayuntamiento que tengo el honor de presidir en su desenvolvimiento en el ámbito de la contratación administrativa se viene planteando tres cuestiones a las que nos gustaría diese respuesta o proporcionase un cauce jurídico la Junta Consultiva de Contratación, como órgano de prestigio en el asesoramiento sobre estas materias.

Pues bien, las cuestiones que repetidamente se vienen suscitando se pueden sintetizar en tres aspectos que sino relacionados, si guardan todos ellos una estrecha relación con principios fundamentales con la contratación.

I) El primero de ellos, gira en torno a la capacidad y prohibiciones para contratar. El Art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su letra E, imposibilita a cualquier persona física o a los administradores de una persona jurídica a contratar con la Administración, siempre que concurra alguno de los supuestos de cargos electivos previstos en la Ley Orgánica 5/85 de 19 de junio del Régimen Electoral General.

El Ayuntamiento que presido va a realizar la enajenación de Patrimonio Municipal del Suelo, al objeto de su enajenación para obtener fondos en orden a satisfacer otras necesidades públicas. La enajenación de estos bienes se realiza en el marco del fomento de la promoción industrial y el bien enajenado se constituye en naves industriales incardinadas en el polígono industrial.

El marco normativo de referencia lo constituye la Legislación del Suelo (Art. 280 del Texto Refundido 1/92 de la Ley del Suelo) y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986, de 13 de junio). Este último se remite en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos de normativa reguladora de la contratación pública (Art. 112, 113); si bien su art. 16 remite la enajenación de los patrimonios del suelo a su legislación específica.

Ello plantea diversas cuestiones:
a.- Puede un concejal presentarse a la adquisición de una de las Naves Nido, por cuanto que el contrato no supone una ligazón con esta Administración, si no la mera adquisición de un bien, sin que suponga financiación alguna por este Ayuntamiento.
b.- Debemos remitirnos en bloque y sin ninguna matización al Art. 20.e de la Ley 13/95.
c.- Puede considerarse este contrato como un Contrato Administrativo especial por haberse vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante (Art. 5.2.b. 13/95).

Estas son pues los interrogantes que plantea este Ayuntamiento.

II) La segunda de las controversias trae causa de la posibilidad de prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos y en ocasiones de bienes de dominio público. Diversos contratistas se han dirigido por escrito a esta Administración,

amparados en informes jurídicos solicitando la prórroga de los contratos vigentes. Previamente a esta afirmación hay que señalar que los contratos han agotado las prórrogas contenidas en el pliego.

Los contratistas se apoyan básicamente en dos principios contractuales. La posibilidad de modificación del contrato o "IUS VARIANDI" que llevaría aparejada la realización de una serie de inversiones y el aumento del plazo concesional con el límite previsto en el Art. 158 de la Ley 13/95 de 75 años, y de otro lado el mutuo acuerdo supondría que la mera voluntad consensual de ambas partes permitiría graduar el plazo concesional siempre con el referente del límite legal imperativo.

Tales pretensiones se apoyan en algún dictamen del Consejo de Estado (Dictamen de 14 de enero de 1971 y 13 de diciembre de 1950) que se citan fragmentariamente. La Secretaría del Ayuntamiento cuestiona alguno de estos aspectos por entender que pueden afectar al principio de publicidad. No obstante, se hace acopio del informe de esa Junta 16/94 de 4 de octubre de 1994 en el que a otros efectos y en otro tipo contractual se admite dicha prórroga.

Dicha problemática viene planteándose en diversos contratos y conviene a este Ayuntamiento y al interés público su clarificación definitiva.

III) Por último, y aún no siendo de carácter menor se suscita una duda interpretativa con relación a las Sociedades en formación y/o sociedades irregulares. El Art. 15 de la Ley 13/95 relativo a la capacidad de las empresas señala para los empresarios españoles que fueran personas jurídicas, su capacidad se acreditará mediante escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil. El Art. 4 del R.D. 390/96 de 1 de marzo de desarrollo parcial de esta Ley añade "cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil aplicable".

La Secretaría del Ayuntamiento entiende que puede plantearse algún interrogante si bien postula, y solicita a la Junta la adveración de este criterio, que la normativa mercantil constituida por el R.D. legislativo sobre Sociedades Anónimas 1564/1989 de 22 de diciembre y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/95 de 23 de marzo plantea tiene carácter constitutivo, no pudiendo presentarse a la licitación con el asiento de presentación en el Registro Mercantil, si no con la inscripción definitiva.

Ahora bien se vienen presentando a distintas licitaciones de contratos, Sociedades mercantiles en formación, con la escritura pública y el asiento de presentación en el Registro Mercantil, argumentando que los Arts. 14, 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas permite, las Sociedades en formación y que el problema de la posible responsabilidad por la frustración en una posible negación ulterior de inscripción definitiva para la empresa, se solventa a través de la imputación a los administradores solidariamente de los daños y perjuicios.

Solicitamos de la Junta Consultiva nos aclare a través de fundamentado dictamen la posibilidad de admitir a la licitación, o en su caso excluir como así expresa el Sr. Secretario a este tipo de Sociedades en formación por entender que el requisito de la capacidad es un principio básico contractual y debe concurrir en el momento en el que se ha producido la oferta del contrato de forma pública a través de los Boletines.»

2. El anterior escrito tuvo entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en 22 de enero de 1999. Posteriormente, en 24 de febrero de 1999 tiene entrada nuevo escrito del Alcalde de Astillero, que se califica de complementario del anterior, en el que suscita la cuestión relativa a la capacidad de las sociedades civiles para contratar con la Administración habida cuenta -se dice- de

que éstas no se publicitan a través del Registro Mercantil, fundamentando las dudas que se suscitan en extensas consideraciones sobre la interpretación de los pertinentes artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del Código Civil y del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se expone en los escritos de consulta son cuatro las cuestiones que se suscitan en el presente expediente que deben ser examinadas y resueltas por separado, consistiendo la primera en determinar la compatibilidad o incompatibilidad de un Concejal para adquirir naves industriales que integran el patrimonio municipal del suelo; la segunda en determinar la posibilidad de prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos y, en ocasiones, de bienes de dominio público; la tercera en examinar la cuestión de sí las sociedades en formación o irregulares pueden ser admitidas a licitación, y la cuarta y última -la planteada en el escrito calificado de complementario- en examinar idéntica cuestión respecto de las sociedades civiles.

2. La primera cuestión suscitada, que es una de las que con más reiteración se viene planteando ante esta Junta ha de ser resuelta, por tanto, tomando en consideración criterios mantenidos en anteriores informes.

En concreto, en el informe de 8 de junio de 1994 (Expediente 4/1994) se abordaba la cuestión relativa a los contratos de compraventa celebrados por Entidades locales en las que interviene como comprador o vendedor algún Concejal de la Entidad y, aunque las referencias por razón de fechas se hacen a preceptos anteriores a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los criterios sustentados pueden ser perfectamente mantenidos con posterioridad a su entrada en vigor, al no haberse alterado sustancialmente el contenido de las normas aplicables.

Del referido informe de 8 de junio de 1994, a efectos del presente, interesa destacar las siguientes declaraciones:

«Para determinar la normativa aplicable en la actualidad a los contratos de compraventa de inmuebles de las Entidades Locales, únicos a los que parece constreñirse la consulta, dado que la compra de bienes muebles a un Concejal por encajar en el concepto amplio de suministro del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado no suscita dificultades de interpretación, en orden a la aplicación de la incompatibilidad, hay que partir de la circunstancia de que el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, establece que las adquisiciones de bienes a título oneroso, es decir, la compra por las Entidades Locales, exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales y el artículo 112-1 del mismo Reglamento, en el mismo sentido, señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales, es decir, las ventas efectuadas por las Entidades Locales, se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la misma normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.

Esta remisión a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales obliga a entender incluida en la misma el artículo 9, apartado 6 de la vigente Ley de Contratos del Estado, dado que como declaraba esta Junta en su informe de 16 de febrero de 1994 (Expediente 32/93) "frente a la existencia inicial en materia de contratación administrativa, de dos bloques normativos independientes -el regulador de la contratación administrativa estatal y el regulador de la contratación administrativa

local- en la evolución posterior se ha producido una aproximación entre ambos, que se inicia con el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se desarrollaba con rango de Ley el Estatuto de Bases de Régimen Local y que culmina con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local y con el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, de cuyo artículo 112 se deduce la aplicabilidad de la legislación de contratos del Estado a las Entidades Locales sin perjuicio de las especialidades propias del Texto Refundido". En el citado informe se hacía una referencia a la Sentencia de 5 de octubre de 1990 en la que después de proclamar que con la evolución normativa reseñada "culmina la aspiración de máxima aproximación de la actuación de las Corporaciones Locales a la legislación del Estado, manteniendo sólo las imprescindibles peculiaridades o diferencias que exigen las necesidades locales" declara que hasta tanto no se produzca el desarrollo reglamentario que espera el Texto Refundido, "debe entenderse en vigor el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, pero sólo en aquellos aspectos en que no se encuentra derogado, debiendo entenderse producida dicha derogación en los casos patentes de oposición a los principios y regulación básicos de la legislación estatal sobre contratación" y termina con la declaración expresa de que esta último "constituye también fuente directa de la contratación administrativa local fuera de las especialidades propias que contempla el Texto Refundido".»

Después de transcribir el contenido del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y señalar que viene a contemplar supuestos de incompatibilidad de plena aplicación a las Entidades locales se añade lo siguiente:

«También en este extremo hay que sostener que se llegaría a idéntica solución acudiendo, para estos contratos de compraventa, a lo dispuesto en la regla 30 apartado A, del artículo 4 del Reglamento General de Contratación del Estado, pues si bien la preparación y adjudicación de estos contratos han de regirse, ante todo, por sus normas administrativas especiales, lo cierto es que estas últimas, en este extremo y como hemos visto, se remiten a la normativa sobre contratación de las Entidades Locales (artículos 11 y 112 del Reglamento de Bienes), por lo que, para impedir la existencia de remisiones sin sentido, hay que concluir con la aplicabilidad a estos contratos de compraventa celebrados por las Entidades Locales del artículo 9, apartado 6 de la Ley de Contratos del Estado.

El citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, contiene una última remisión, dado que considera incompatibles para contratar con la Administración a los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, lo que obliga al examen del artículo 178, apartado 2.d) que considera incompatible con la condición de Concejal, a los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. En definitiva por aplicación conjunta del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y del artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, esta Junta Consultiva entiende que, siempre que se den las condiciones de financiación exigidas por el artículo citado en último lugar, las Entidades Locales no podrán celebrar contratos de compraventa con Concejales de la respectiva Entidad, por estar estos últimos incursos en circunstancia determinante de prohibición de contratar con la Administración respectiva.»

Sustituyendo la cita del artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado por la del artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señalando

la derogación expresa del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que se produce por la disposición derogatoria única de dicha Ley y que esta última supone un avance más en la aproximación de legislaciones en el ámbito estatal y local, conservan plena vigencia las consideraciones y conclusión del citado informe de 8 de junio de 1994 en el sentido de que a los contratos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por Entidades locales les resulta de aplicación el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, existirá incompatibilidad para celebrarlos en el Concejal de la respectiva Entidad, siempre que se den las condiciones de financiación a que hace referencia el artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, si bien esta última salvedad, en el presente supuesto, obliga a cambiar la regla y mantener la compatibilidad del Concejal ya que el contrato de enajenación de inmuebles no está financiado por el Ayuntamiento en contra de la dicción literal del artículo 178.2.d) de la Ley Electoral.

3. La segunda cuestión suscitada relativa a la posibilidad de prórroga de concesiones de servicios público, en ocasiones demaniales, también obliga a reiterar criterios de esta Junta en el sentido de que, de conformidad con el artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y también, si resultase aplicable por razón de fechas el artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado, la cuestión tiene que ser resuelta con sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares, ya que en el mismo tienen que figurar expresamente la duración del contrato, la posibilidad de prórroga y su duración respectiva (informes de 14 de julio de 1987 (expediente 18/97) y de 16 de diciembre de 1998 (expediente 38/99) y el que se emite con esta misma fecha correspondiente al expediente 47/98).

Frente a tesis tan concluyente no parece que puedan tomarse en consideración posibles criterios distintos sustentados por órganos consultivos y, en particular, el de esta Junta de 4 de octubre de 1994 (Expediente 16/94) que, como acertadamente se pone de relieve en el primer escrito de consulta, se refiere a un contrato distinto -de distribución y venta de publicaciones y otros artículos- con un régimen jurídico sustancialmente distinto en este extremo.

4. La posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan contratar con sociedades en formación o irregulares también ha sido cuestión abordada por esta Junta, si bien referida a fundaciones, en el informe de 18 de octubre de 1996 (Expediente 54/96) en el que se llegaba a una conclusión negativa y se afirmaba que Aesta es la misma solución que debe adoptarse, aunque este extremo no es objeto de consulta, con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no inscritas en el Registro Mercantil, ya que el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo preceptuado en el articulo 11.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las mismas, consagra normas muy similares a las ya examinadas para las fundaciones.

Los argumentos que conducían a la conclusión negativa, que ahora se reitera, consistían en afirmar que de conformidad con el artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, el requisito de la personalidad es exigible para contratar con las Administraciones Públicas y careciendo de tal requisito las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Mercantil (artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 11.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) no pueden contratar con las citadas Administraciones, sin que a esta conclusión pueda oponérsele el que el artículo 15 de la Ley primeramente citada, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de lo preceptuado en el artículo 11.3

de su Ley reguladora, prevea que, antes de la inscripción, una vez otorgada la escritura de constitución se puedan realizar actos y celebrar contratos en nombre de la sociedad, de los que responderá la sociedad, siempre que sean indispensables para la inscripción de la sociedad, sean realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción o sean estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, pues es evidente que, como se decía en nuestro anterior informe de 18 de octubre de 1996 ni el tenor literal, ni el significado y alcance de tal precepto, puede ser el de comprender, entre la asunción de derechos y obligaciones que faculta, las derivadas de un contrato administrativo. En particular, hay que insistir en el criterio del citado informe que los requisitos de la contratación (solvencia o clasificación, constitución de garantías, etc...) no pueden ser cumplidos por las sociedades sin personalidad y que los efectos que consagra el citado artículo 15 (asunción de obligaciones por la sociedad, cuando se inscriba y responsabilidad de los administradores, socios y patrimonio aportado por estos últimos) resultan incompatibles con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo que no es otra que la de lograr su correcta ejecución, sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura de la fundación o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad de administradores, socios o patrimonio de la sociedad.

Lo hasta aquí expuesto ha de tomarse en cuenta, por iguales consideraciones, a las sociedades irregulares a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, ya que en este supuesto, no es que la sociedad no se haya inscrito, sino que ha sido verificada la voluntad de no inscribirla o ha transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución, lo que evidentemente permite repetir los argumentos que, sobre este extremo han quedado consignados.

5. Por último ha de observarse que las dudas y dificultades que ha suscitado el dato de la personalidad de las sociedades civiles y, por tanto, la posibilidad de contratar con las Administraciones Públicas, que tuvo su reflejo en diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en opiniones doctrinales contrapuestas, parece que han obtenido solución en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, cuya disposición adicional única, pese a su título, da nueva redacción al artículo 81 y adiciona un artículo 269 bis al Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

La base de la modificación última del Reglamento del Registro Mercantil consiste en diferenciar sociedades civiles con forma mercantil y sociedades civiles que no tengan forma mercantil, estableciendo para la primeras la obligatoriedad de su inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado y utilizando para las segundas la fórmula de que podrán inscribirse con arreglo a las normas generales del Reglamento en cuanto le sean aplicables.

A pesar de las dudas interpretativas que todavía puede suscitar la redacción de estos preceptos del Reglamento del Registro Mercantil, desde el punto de vista de la contratación administrativa, al desaparecer la imposibilidad o aclararse la posibilidad de inscripción de sociedades civiles en el Registro Mercantil, tengan o no forma mercantil, se entiende que por aplicación combinada del artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo y artículos 81 y 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil, las sociedades civiles deberán estar inscritas en este último Registro, para poder concurrir a contratos convocados por las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:
1. Que la incompatibilidad de Concejales en contratos de compraventa de las Entidades locales se produce en los casos en que dichos contratos sean financiados por el Ayuntamiento o establecimientos dependientes del mismo, de conformidad con el artículo 178.2.d) de la Ley Electoral, circunstancia de financiación que no existe en el contrato de enajenación de locales por parte del Ayuntamiento.
2. Que la posibilidad de prórroga de las concesiones de servicios públicos está condicionada a que las prórrogas y su duración estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
3. Que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, no inscritas en el Registro Mercantil, al carecer de personalidad no pueden contratar con las Administraciones Públicas.
4. Que, a partir de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, efectuada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, deberá exigirse a las sociedades civiles que pretendan contratar con las Administraciones Públicas el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil.

Informe 5/99, de 17 de marzo de 1999."Posibilidad de contratar con el Ayuntamiento concejales y con sociedades en formación o con sociedades civiles. Prórrogas en los contratos".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Astillero (Cantabria) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

«El Ayuntamiento que tengo el honor de presidir en su desenvolvimiento en el ámbito de la contratación administrativa se viene planteando tres cuestiones a las que nos gustaría diese respuesta o proporcionase un cauce jurídico la Junta Consultiva de Contratación, como órgano de prestigio en el asesoramiento sobre estas materias.

Pues bien, las cuestiones que repetidamente se vienen suscitando se pueden sintetizar en tres aspectos que sino relacionados, si guardan todos ellos una estrecha relación con principios fundamentales con la contratación.

I) El primero de ellos, gira en torno a la capacidad y prohibiciones para contratar. El Art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su letra E, imposibilita a cualquier persona física o a los administradores de una persona jurídica a contratar con la Administración, siempre que concurra alguno de los supuestos de cargos electivos previstos en la Ley Orgánica 5/85 de 19 de junio del Régimen Electoral General.

El Ayuntamiento que presido va a realizar la enajenación de Patrimonio Municipal del Suelo, al objeto de su enajenación para obtener fondos en orden a satisfacer otras necesidades públicas. La enajenación de estos bienes se realiza en el marco del fomento de la promoción industrial y el bien enajenado se constituye en naves industriales incardinadas en el polígono industrial.

El marco normativo de referencia lo constituye la Legislación del Suelo (Art. 280 del Texto Refundido 1/92 de la Ley del Suelo) y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986, de 13 de junio). Este último se remite en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos de normativa reguladora de la contratación pública (Art. 112, 113); si bien su art. 16 remite la enajenación de los patrimonios del suelo a su legislación específica.

Ello plantea diversas cuestiones:
a.- Puede un concejal presentarse a la adquisición de una de las Naves Nido, por cuanto que el contrato no supone una ligazón con esta Administración, si no la mera adquisición de un bien, sin que suponga financiación alguna por este Ayuntamiento.
b.- Debemos remitirnos en bloque y sin ninguna matización al Art. 20.e de la Ley 13/95.
c.- Puede considerarse este contrato como un Contrato Administrativo especial por haberse vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante (Art. 5.2.b. 13/95).

Estas son pues los interrogantes que plantea este Ayuntamiento.

II) La segunda de las controversias trae causa de la posibilidad de prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos y en ocasiones de bienes de dominio

público. Diversos contratistas se han dirigido por escrito a esta Administración, amparados en informes jurídicos solicitando la prórroga de los contratos vigentes. Previamente a esta afirmación hay que señalar que los contratos han agotado las prórrogas contenidas en el pliego.

Los contratistas se apoyan básicamente en dos principios contractuales. La posibilidad de modificación del contrato o "IUS VARIANDI" que llevaría aparejada la realización de una serie de inversiones y el aumento del plazo concesional con el límite previsto en el Art. 158 de la Ley 13/95 de 75 años, y de otro lado el mutuo acuerdo supondría que la mera voluntad consensual de ambas partes permitiría graduar el plazo concesional siempre con el referente del límite legal imperativo.

Tales pretensiones se apoyan en algún dictamen del Consejo de Estado (Dictamen de 14 de enero de 1971 y 13 de diciembre de 1950) que se citan fragmentariamente. La Secretaría del Ayuntamiento cuestiona alguno de estos aspectos por entender que pueden afectar al principio de publicidad. No obstante, se hace acopio del informe de esa Junta 16/94 de 4 de octubre de 1994 en el que a otros efectos y en otro tipo contractual se admite dicha prórroga.

Dicha problemática viene planteándose en diversos contratos y conviene a este Ayuntamiento y al interés público su clarificación definitiva.

III) Por último, y aún no siendo de carácter menor se suscita una duda interpretativa con relación a las Sociedades en formación y/o sociedades irregulares. El Art. 15 de la Ley 13/95 relativo a la capacidad de las empresas señala para los empresarios españoles que fueran personas jurídicas, su capacidad se acreditará mediante escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil. El Art. 4 del R.D. 390/96 de 1 de marzo de desarrollo parcial de esta Ley añade "cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil aplicable".

La Secretaría del Ayuntamiento entiende que puede plantearse algún interrogante si bien postula, y solicita a la Junta la adveración de este criterio, que la normativa mercantil constituida por el R.D. legislativo sobre Sociedades Anónimas 1564/1989 de 22 de diciembre y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/95 de 23 de marzo plantea tiene carácter constitutivo, no pudiendo presentarse a la licitación con el asiento de presentación en el Registro Mercantil, si no con la inscripción definitiva.

Ahora bien se vienen presentando a distintas licitaciones de contratos, Sociedades mercantiles en formación, con la escritura pública y el asiento de presentación en el Registro Mercantil, argumentando que los Arts. 14, 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas permite, las Sociedades en formación y que el problema de la posible responsabilidad por la frustración en una posible negación ulterior de inscripción definitiva para la empresa, se solventa a través de la imputación a los administradores solidariamente de los daños y perjuicios.

Solicitamos de la Junta Consultiva nos aclare a través de fundamentado dictamen la posibilidad de admitir a la licitación, o en su caso excluir como así expresa el Sr. Secretario a este tipo de Sociedades en formación por entender que el requisito de la capacidad es un principio básico contractual y debe concurrir en el momento en el que se ha producido la oferta del contrato de forma pública a través de los Boletines.»

2. El anterior escrito tuvo entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en 22 de enero de 1999. Posteriormente, en 24 de febrero de 1999 tiene entrada nuevo escrito del Alcalde de Astillero, que se califica de complementario del anterior, en el que suscita la cuestión relativa a la capacidad de

las sociedades civiles para contratar con la Administración habida cuenta -se dice- de que éstas no se publicitan a través del Registro Mercantil, fundamentando las dudas que se suscitan en extensas consideraciones sobre la interpretación de los pertinentes artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del Código Civil y del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se expone en los escritos de consulta son cuatro las cuestiones que se suscitan en el presente expediente que deben ser examinadas y resueltas por separado, consistiendo la primera en determinar la compatibilidad o incompatibilidad de un Concejal para adquirir naves industriales que integran el patrimonio municipal del suelo; la segunda en determinar la posibilidad de prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos y, en ocasiones, de bienes de dominio público; la tercera en examinar la cuestión de sí las sociedades en formación o irregulares pueden ser admitidas a licitación, y la cuarta y última -la planteada en el escrito calificado de complementario- en examinar idéntica cuestión respecto de las sociedades civiles.

2. La primera cuestión suscitada, que es una de las que con más reiteración se viene planteando ante esta Junta ha de ser resuelta, por tanto, tomando en consideración criterios mantenidos en anteriores informes.

En concreto, en el informe de 8 de junio de 1994 (Expediente 4/1994) se abordaba la cuestión relativa a los contratos de compraventa celebrados por Entidades locales en las que interviene como comprador o vendedor algún Concejal de la Entidad y, aunque las referencias por razón de fechas se hacen a preceptos anteriores a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los criterios sustentados pueden ser perfectamente mantenidos con posterioridad a su entrada en vigor, al no haberse alterado sustancialmente el contenido de las normas aplicables.

Del referido informe de 8 de junio de 1994, a efectos del presente, interesa destacar las siguientes declaraciones:

«Para determinar la normativa aplicable en la actualidad a los contratos de compraventa de inmuebles de las Entidades Locales, únicos a los que parece constreñirse la consulta, dado que la compra de bienes muebles a un Concejal por encajar en el concepto amplio de suministro del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado no suscita dificultades de interpretación, en orden a la aplicación de la incompatibilidad, hay que partir de la circunstancia de que el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, establece que las adquisiciones de bienes a título oneroso, es decir, la compra por las Entidades Locales, exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales y el artículo 112-1 del mismo Reglamento, en el mismo sentido, señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales, es decir, las ventas efectuadas por las Entidades Locales, se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la misma normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.

Esta remisión a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales obliga a entender incluida en la misma el artículo 9, apartado 6 de la vigente Ley de Contratos del Estado, dado que como declaraba esta Junta en su informe de 16 de febrero de 1994 (Expediente 32/93) "frente a la existencia inicial en materia de contratación administrativa, de dos bloques normativos independientes -el regulador

de la contratación administrativa estatal y el regulador de la contratación administrativa local- en la evolución posterior se ha producido una aproximación entre ambos, que se inicia con el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se desarrollaba con rango de Ley el Estatuto de Bases de Régimen Local y que culmina con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local y con el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, de cuyo artículo 112 se deduce la aplicabilidad de la legislación de contratos del Estado a las Entidades Locales sin perjuicio de las especialidades propias del Texto Refundido". En el citado informe se hacía una referencia a la Sentencia de 5 de octubre de 1990 en la que después de proclamar que con la evolución normativa reseñada "culmina la aspiración de máxima aproximación de la actuación de las Corporaciones Locales a la legislación del Estado, manteniendo sólo las imprescindibles peculiaridades o diferencias que exigen las necesidades locales" declara que hasta tanto no se produzca el desarrollo reglamentario que espera el Texto Refundido, "debe entenderse en vigor el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, pero sólo en aquellos aspectos en que no se encuentra derogado, debiendo entenderse producida dicha derogación en los casos patentes de oposición a los principios y regulación básicos de la legislación estatal sobre contratación" y termina con la declaración expresa de que esta último "constituye también fuente directa de la contratación administrativa local fuera de las especialidades propias que contempla el Texto Refundido".»

Después de transcribir el contenido del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y señalar que viene a contemplar supuestos de incompatibilidad de plena aplicación a las Entidades locales se añade lo siguiente:

«También en este extremo hay que sostener que se llegaría a idéntica solución acudiendo, para estos contratos de compraventa, a lo dispuesto en la regla 30 apartado A, del artículo 4 del Reglamento General de Contratación del Estado, pues si bien la preparación y adjudicación de estos contratos han de regirse, ante todo, por sus normas administrativas especiales, lo cierto es que estas últimas, en este extremo y como hemos visto, se remiten a la normativa sobre contratación de las Entidades Locales (artículos 11 y 112 del Reglamento de Bienes), por lo que, para impedir la existencia de remisiones sin sentido, hay que concluir con la aplicabilidad a estos contratos de compraventa celebrados por las Entidades Locales del artículo 9, apartado 6 de la Ley de Contratos del Estado.

El citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, contiene una última remisión, dado que considera incompatibles para contratar con la Administración a los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, lo que obliga al examen del artículo 178, apartado 2.d) que considera incompatible con la condición de Concejal, a los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. En definitiva por aplicación conjunta del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y del artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, esta Junta Consultiva entiende que, siempre que se den las condiciones de financiación exigidas por el artículo citado en último lugar, las Entidades Locales no podrán celebrar contratos de compraventa con Concejales de la respectiva Entidad, por estar estos últimos incursos en circunstancia determinante de prohibición de contratar con la Administración respectiva.»

Sustituyendo la cita del artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado por la del artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señalando la derogación expresa del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que se produce por la disposición derogatoria única de dicha Ley y que esta última supone un avance más en la aproximación de legislaciones en el ámbito estatal y local, conservan plena vigencia las consideraciones y conclusión del citado informe de 8 de junio de 1994 en el sentido de que a los contratos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por Entidades locales les resulta de aplicación el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, existirá incompatibilidad para celebrarlos en el Concejal de la respectiva Entidad, siempre que se den las condiciones de financiación a que hace referencia el artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, si bien esta última salvedad, en el presente supuesto, obliga a cambiar la regla y mantener la compatibilidad del Concejal ya que el contrato de enajenación de inmuebles no está financiado por el Ayuntamiento en contra de la dicción literal del artículo 178.2.d) de la Ley Electoral.

3. La segunda cuestión suscitada relativa a la posibilidad de prórroga de concesiones de servicios público, en ocasiones demaniales, también obliga a reiterar criterios de esta Junta en el sentido de que, de conformidad con el artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y también, si resultase aplicable por razón de fechas el artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado, la cuestión tiene que ser resuelta con sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares, ya que en el mismo tienen que figurar expresamente la duración del contrato, la posibilidad de prórroga y su duración respectiva (informes de 14 de julio de 1987 (expediente 18/97) y de 16 de diciembre de 1998 (expediente 38/99) y el que se emite con esta misma fecha correspondiente al expediente 47/98).

Frente a tesis tan concluyente no parece que puedan tomarse en consideración posibles criterios distintos sustentados por órganos consultivos y, en particular, el de esta Junta de 4 de octubre de 1994 (Expediente 16/94) que, como acertadamente se pone de relieve en el primer escrito de consulta, se refiere a un contrato distinto -de distribución y venta de publicaciones y otros artículos- con un régimen jurídico sustancialmente distinto en este extremo.

4. La posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan contratar con sociedades en formación o irregulares también ha sido cuestión abordada por esta Junta, si bien referida a fundaciones, en el informe de 18 de octubre de 1996 (Expediente 54/96) en el que se llegaba a una conclusión negativa y se afirmaba que Aesta es la misma solución que debe adoptarse, aunque este extremo no es objeto de consulta, con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no inscritas en el Registro Mercantil, ya que el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo preceptuado en el articulo 11.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las mismas, consagra normas muy similares a las ya examinadas para las fundaciones.

Los argumentos que conducían a la conclusión negativa, que ahora se reitera, consistían en afirmar que de conformidad con el artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, el requisito de la personalidad es exigible para contratar con las Administraciones Públicas y careciendo de tal requisito las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Mercantil (artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 11.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) no pueden contratar con las citadas Administraciones, sin que a esta conclusión pueda

oponérsele el que el artículo 15 de la Ley primeramente citada, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de lo preceptuado en el artículo 11.3 de su Ley reguladora, prevea que, antes de la inscripción, una vez otorgada la escritura de constitución se puedan realizar actos y celebrar contratos en nombre de la sociedad, de los que responderá la sociedad, siempre que sean indispensables para la inscripción de la sociedad, sean realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción o sean estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, pues es evidente que, como se decía en nuestro anterior informe de 18 de octubre de 1996 ni el tenor literal, ni el significado y alcance de tal precepto, puede ser el de comprender, entre la asunción de derechos y obligaciones que faculta, las derivadas de un contrato administrativo. En particular, hay que insistir en el criterio del citado informe que los requisitos de la contratación (solvencia o clasificación, constitución de garantías, etc...) no pueden ser cumplidos por las sociedades sin personalidad y que los efectos que consagra el citado artículo 15 (asunción de obligaciones por la sociedad, cuando se inscriba y responsabilidad de los administradores, socios y patrimonio aportado por estos últimos) resultan incompatibles con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo que no es otra que la de lograr su correcta ejecución, sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura de la fundación o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad de administradores, socios o patrimonio de la sociedad.

Lo hasta aquí expuesto ha de tomarse en cuenta, por iguales consideraciones, a las sociedades irregulares a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, ya que en este supuesto, no es que la sociedad no se haya inscrito, sino que ha sido verificada la voluntad de no inscribirla o ha transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución, lo que evidentemente permite repetir los argumentos que, sobre este extremo han quedado consignados.

5. Por último ha de observarse que las dudas y dificultades que ha suscitado el dato de la personalidad de las sociedades civiles y, por tanto, la posibilidad de contratar con las Administraciones Públicas, que tuvo su reflejo en diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en opiniones doctrinales contrapuestas, parece que han obtenido solución en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, cuya disposición adicional única, pese a su título, da nueva redacción al artículo 81 y adiciona un artículo 269 bis al Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

La base de la modificación última del Reglamento del Registro Mercantil consiste en diferenciar sociedades civiles con forma mercantil y sociedades civiles que no tengan forma mercantil, estableciendo para la primeras la obligatoriedad de su inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado y utilizando para las segundas la fórmula de que podrán inscribirse con arreglo a las normas generales del Reglamento en cuanto le sean aplicables.

A pesar de las dudas interpretativas que todavía puede suscitar la redacción de estos preceptos del Reglamento del Registro Mercantil, desde el punto de vista de la contratación administrativa, al desaparecer la imposibilidad o aclararse la posibilidad de inscripción de sociedades civiles en el Registro Mercantil, tengan o no forma mercantil, se entiende que por aplicación combinada del artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo y artículos 81 y 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil, las

sociedades civiles deberán estar inscritas en este último Registro, para poder concurrir a contratos convocados por las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la incompatibilidad de Concejales en contratos de compraventa de las Entidades locales se produce en los casos en que dichos contratos sean financiados por el Ayuntamiento o establecimientos dependientes del mismo, de conformidad con el artículo 178.2.d) de la Ley Electoral, circunstancia de financiación que no existe en el contrato de enajenación de locales por parte del Ayuntamiento.

2. Que la posibilidad de prórroga de las concesiones de servicios públicos está condicionada a que las prórrogas y su duración estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. Que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, no inscritas en el Registro Mercantil, al carecer de personalidad no pueden contratar con las Administraciones Públicas.

4. Que, a partir de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, efectuada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, deberá exigirse a las sociedades civiles que pretendan contratar con las Administraciones Públicas el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil.

Informe 6/99, de 17 de marzo de 1999."Posible instrucción de expediente de prohibición de contratar por condena por sentencia firme por delito de falsedad".

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Bayona (Pontevedra) se dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al que adjunta otro suscrito por arquitecto contratado por el Ayuntamiento a efectos de que se informe de las actuaciones que proceda llevar a cabo o si debe mantenerse la contratación de los servicios del arquitecto.

2. Como expresamente se señala en el escrito del Alcalde se acompaña al mismo otro escrito del arquitecto, en el que se hace constar, como hechos que afectan al presente expediente, los siguientes:

- Que el arquitecto viene prestando sus servicios profesionales al Ayuntamiento como arquitecto superior desde el año 1986 y que con fecha 1 de septiembre de 1994 se suscribió el último contrato, vigente en la fecha actual que tiene por objeto "el asesoramiento de la Corporación en temas de índole urbanístico, emisión de informes sobre solicitudes de licencias de obras y demás cometidos técnicos propios de la profesión excluida la redacción de proyectos".
- Que el citado arquitecto fue condenado por el Juzgado de lo Penal n1 1 de los de Vigo en su condición de representante de una entidad mercantil por delito de falsedad en documento privado por sentencia de 4 de julio de 1997, Sentencia confirmada por la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Después de realizar diversas consideraciones sobre el artículo 20 y de la disposición transitoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 11 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, llega a la conclusión de no ser aplicable el artículo 20 de la citada Ley por tratarse de una contratación realizada con anterioridad a su entrada en vigor y, en último caso, por referirse a contratación a realizar y no realizada, por tener que tomar en cuenta las circunstancias del artículo 13.4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, y porque la sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre la prohibición de contratar, termina suplicando que no se derive actuación alguna contra el dicente que afecte a su relación contractual con el Ayuntamiento.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de intentar entrar en el examen de las cuestiones suscitadas en el presente expediente y para precisar éstas es conveniente hacer algunas reflexiones sobre la irregular manera de formular la petición de informe, limitándose el Alcalde a remitir a esta Junta el escrito del arquitecto con la solicitud de informe "sobre las actuaciones que proceda llevar a cabo o si debe mantenerse la contratación de los servicios" con el arquitecto.

Resulta, por tanto, que sin datos concretos del expediente de contratación, las cuestiones planteadas son las suscitadas por el arquitecto en su escrito dirigido al Ayuntamiento y que éste, a su vez, se limita a trasladar a esta Junta, no siendo competencia de ésta confirmar o rebatir los distintos argumentos de este escrito del arquitecto, sino ilustrar al Ayuntamiento sobre las cuestiones suscitadas que parecen

centrarse en la prohibición de contratar por condena por Sentencia firme por delito de falsedad.

2. La primera consideración que hay que realizar es que tanto la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la anterior Ley de Contratos del Estado configuran la condena por sentencia firme por delito de falsedad como causa de prohibición de contratar (artículo 20 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 9.1 de la Ley de Contratos del Estado) y no como causa de resolución del contrato, por lo que resulta ocioso plantearse si resulta aplicable la legislación anterior o la vigente, aunque en este punto esta Junta Consultiva tiene que mostrar su extrañeza ante los datos que se manifiestan en el escrito del Ayuntamiento sobre la duración del contrato, dado que la legislación anterior no permitía que este tipo de contratos se celebrasen por plazo superior al año, sin perjuicio de posibles prórrogas (artículo 5 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril). En consecuencia debe mantenerse que en contratos adjudicados y en vigor, la sentencia condenatoria por delitos de falsedad no puede operar como causa de resolución, sino como causa de prohibición de contratar para futuras adjudicaciones.

3. La segunda consideración se refiere al procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar y, en este punto, insistiendo que la prohibición de contratar afectará, su caso, a futuros contratos, hay que limitarse a reproducir las normas que a este respecto se contienen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

Según el artículo 21.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la prohibición de contratar por condena firme por delito de falsedad se apreciará de forma automática por los órganos de contratación, si bien para determinar su alcance será necesario instruir expediente para la declaración de la prohibición, correspondiendo la competencia para su resolución al Ministro de Economía y Hacienda a propuesta de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a cuyo efecto, según señala el artículo 13.1 del Real Decreto 390/1996, corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento, incorporándose al mismo (artículo 13.2) los informes de los servicios técnicos y jurídicos, cumpliéndose el trámite de audiencia remitiéndose el expediente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En definitiva es el propio Ayuntamiento el que debe decidir si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se debe iniciar o no expediente para la declaración de la prohibición de contratar y, caso afirmativo, incorporar los informes jurídicos y técnicos pertinentes y remitir lo actuado a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sin que la misma pueda sustraer al Ayuntamiento sus competencias específicas, claramente deslindadas en los preceptos reseñados, entre otras razones y como fundamental por la prescripción del artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, expresivo de que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia.

Informe 8/99, de 17 de marzo de 1999."Sustitución de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por la denominada declaración responsable".

ANTECEDENTES.

Por la Directora del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El artículo 9 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé, al regular la expedición de certificaciones acreditativas de que las empresas concurrentes estén al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, la posibilidad de que estas empresas no estén obligadas a la presentación de esas certificaciones, en cuyo caso se acreditará la anterior situación mediante declaración responsable, bastanteada por la Mesa de Contratación.

Por otra parte, el artículo 23 de la Ley 13/1995 establece en relación al contrato de obras y respecto de las empresas extranjeras no comunitarias, la obligación de que ésta tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes.

Por su parte, la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 12 de junio, sobre condiciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, exige el uso de criterios equivalentes en los procedimientos de adjudicaciones contractuales y el cumplimiento por las empresas de esas condiciones tanto conforme a su ley nacional como conforme a la ley del lugar del contrato.

Se cuestiona así, cuáles son los supuestos en que las empresas concurrentes no están obligadas a acreditar, mediante las oportunas certificaciones, el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, por cuanto es difícil en la práctica, advertir una persona física o jurídica, empresa o entidad que aspire a contratar con la Administración Pública y que no sea sujeto pasivo del I.V.A., Impuesto de Sociedades, I.R.P.F., Impuesto sobre Actividades Económicas o tenga que cotizar la Seguridad Social.

Se plantea la consulta en los siguientes términos: ¿Cuales son los criterios que posibilitan la previsión del artículo 9 del Real Decreto 390/1996, en cuanto a la sustitución de certificaciones relativas al cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social por la denominada declaración responsable, tanto para empresas nacionales o comunitarias como extracomunitarias?.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente es la relativa a la interpretación del artículo 9 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, en cuanto prevé que la certificación acreditativa de estar al corriente las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social puede ser sustituida por declaración responsable respecto a las no obligadas a la presentación de dicha

certificación, cuestión que se plantea, tanto para empresas españolas, como para extranjeras comunitarias y no comunitarias.

2. El artículo 9.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, señala que las circunstancias mencionadas en los artículo 7 y 8 de este Real Decreto, relativas al cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social se acreditarán mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, excepto la referida en el artículo 7.1.a) del presente Real Decreto -estar dadas de alta en el Impuesto sobre Actividades Económica, cuando ejerzan actividades sujetas a dicho impuesto- cuya acreditación se efectuará mediante la presentación del alta y, en su caso, del último recibo del citado Impuesto.

El precepto reglamentario añade la frase -que es la que suscita dudas al órgano consultante- de que "no obstante, cuando la empresa no esté obligada a presentar las declaraciones o documentos a que se refieren dichos artículos, se acreditará esta circunstancia mediante declaración responsable".

Resulta así que el precepto que examinamos viene a establecer una regla general para acreditar el cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social -mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente- y una excepción -mediante declaración responsable- que constituye la técnica correcta para acreditar circunstancias negativas, que no es desconocida de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando la utiliza en los artículos 21.5 y 80.2.b) para acreditar también circunstancias negativas como son las de no estar incursas las empresas en las restantes prohibiciones de contratar.

Determinada, con carácter general, la corrección de la solución del precepto reglamentario, antes de precisar su alcance y con esta misma finalidad conviene hacer dos consideraciones generales sobre el mismo.

La primera consiste en señalar que el artículo 9.1 del Real Decreto 390/1996 es de carácter muy general y se refiere a supuestos muy distintos dado que, desde el punto de vista subjetivo, se refiere a toda clase de personas y empresas que pueden contratar con la Administración, como son las personas físicas y las jurídicas y dentro de cada una de estas categorías, a las españolas, comunitarias no españolas y extranjeras no comunitarias y, desde el punto de vista objetivo, a todos los contratos sujetos en su adjudicación a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como son los contratos de obras, los de gestión de servicios públicos, los de suministro, los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, los contratos administrativos especiales y los contratos privados.

La segunda consideración que debe hacerse es que la certificación a que se refiere el artículo 9.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, solo puede acreditar el cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social, conforme al ordenamiento jurídico español, al ser expedidas por órganos competentes españoles que solo pueden conocer estos datos, por lo que el cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social conforme a ordenamientos jurídicos extranjeros no podrá ser acreditado mediante la certificación a que hace referencia este artículo.

Con estas consideraciones generales ya se puede anticipar la dificultad, por no decir imposibilidad, de dar una respuesta concreta a la consulta formulada en el sentido de enumerar los supuestos en que el artículo 9.1 del Real Decreto 390/1996, permite sustituir la certificación por la declaración responsable, no obstante lo cual, se trata de precisar el alcance de dicho artículo en el apartado siguiente de este informe,

distinguiendo, a tales efectos, entre personas físicas y jurídicas españolas, por un lado y extranjeras, por otro, tanto si estas últimas son comunitarias o extra comunitarias.

3. Respecto a las personas físicas o jurídicas españolas, como se apunta en el escrito de consulta, el supuesto normal será el de acreditación mediante certificación acreditativa del cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, pues es difícil concebir que no estén sujetas a estas obligaciones en territorio español. Sin embargo, dado la variedad de personas españolas que pueden contratar con la Administración y la multiplicidad de actividades que pueden entrar en el objeto de un contrato, no resulta posible descartar que, en supuestos concretos y determinados, haya de acudirse a la declaración responsable de no encontrarse la persona o entidad sujeta a obligaciones fiscales y de Seguridad Social, sin que pueda hacerse una enumeración concreta de cuales sean estos supuestos, precisamente, por la misma variedad a que responden.

Tratándose de personas físicas o jurídicas extranjeras, sean comunitarias o extra comunitarias, aumentan notablemente los supuestos en que la declaración responsable tenga que sustituir a la certificación, dado que serán más numerosas las personas no sujetas a estas obligaciones en territorio español, ya que aquí no solo actúan el criterio del carácter de la persona y el del objeto del contrato, sino, como fundamental, el que estén sujetas a su propia legislación, sin que, en este caso, con mayor razón pueda elaborarse un catálogo de supuestos en que las personas físicas o jurídicas extranjeras estén sometidas al requisito de la certificación o al de la declaración responsable.

Enlazando con lo anterior, aunque no es objeto de consulta este extremo, conviene indicar que cuando los órganos de contratación, al amparo de las Directivas comunitarias exijan que se acredite el cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social -artículo 24, apartados e) y f) de la Directiva 93/37/CEE, para contratos de obras y artículo 20, apartados e) y f) de la Directiva 93/36/CEE, para contratos de suministro- o solamente de Seguridad Social- artículo 29, apartados e) y f) de la Directiva 92/50/CEE, para contratos de servicios- en el país a que pertenezca el órgano de contratación y en el país en que tenga su sede el contratista, esta última circunstancia, por lo razonado, no podrá ser acreditada con la certificación a que hacen referencia los artículos 7 a 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, ni tampoco con la simple declaración responsable, sino que habrá de serlo por alguno de los documentos o certificaciones utilizados en su país de origen según resulta de la interpretación del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. Aunque este extremo no sea tampoco objeto expreso de consulta conviene concluir el presente informe señalando que la declaración responsable debe ser un medio efectivo de control del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, ya que su falsedad acarrea importantes consecuencias conforme a la propia legislación de contratos de las Administraciones Públicas, aparte de las que pueda producir en otros ámbitos y esferas (penal, civil, etc...), puesto que produce la nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado a persona incursa en prohibición de contratar, por tanto, a la que incumpla sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social y la posible suspensión de clasificaciones, de conformidad con los artículos 22 y 34.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la certificación para acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social puede ser sustituida, de conformidad con el artículo 9.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, por la declaración responsable cuando la persona que pretende acceder al contrato no esté sujeta al cumplimiento de tales obligaciones, supuesto que será más frecuente tratándose de personas físicas o jurídicas extranjeras, sin que dada la variedad de supuestos que pueden presentarse, puedan realizarse más precisiones que las contenidas en los distintos apartados de este informe.

Informe 12/99, de 17 de marzo de 1999."Constitución de garantías provisionales en supuestos de uniones temporales de empresas".

ANTECEDENTES

Por el Director General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo del Ministerio de Fomento se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

«La aplicación del artículo 18.2. del Real Decreto 390/1996, de 1 de Marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, a consecuencia de la diversa interpretación que de su texto se ha efectuado por los componentes de las Mesas de contratación de ésta Dirección General, motiva la consulta que se formula ante ésa Junta.

Efectivamente, el citado precepto establece que "en el caso de uniones temporales de empresarios las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 36.1 de la Ley".

La duda que se suscita y motiva esta Consulta es la de sí puede la Mesa de Contratación admitir como válida aquella garantía provisional que, alcanzando la cuantía requerida en el artículo 36.1 de la Ley, garantice solo a la empresa que constituyó la citada garantía, o si alcanzando igualmente la misma cuantía, ha de garantizar asimismo al resto de las empresas que forman la unión temporal.

La cuestión planteada se presenta, igualmente, en el supuesto de que varios profesionales, tales como Arquitectos, decidan concurrir formando una unión temporal a las licitaciones que se convocan para la redacción de proyectos.

En razón a lo expuesto, se solicita de ése Órgano consultivo de la Administración del Estado emita el oportuno informe, con el ruego, a ser posible, de que éste se produzca en el más breve plazo, dado que para fechas próximas esta Dirección General tiene convocadas varias licitaciones».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si, en caso de uniones temporales de empresarios y de garantías provisionales, deben admitirse como válidas las garantías que, alcanzando la cuantía requerida, garanticen solo a la empresa que constituye la garantía, de conformidad con el artículo 18.2 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, o si, por el contrario, han de garantizar al resto de las empresas distintas de la constituyente de la garantía, que forman la unión temporal. Dicha cuestión ha de ser analizada y resuelta teniendo en cuenta, conforme a la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la finalidad y efecto de las garantías provisionales y las peculiaridades que, desde el punto de vista subjetivo, presentan las uniones temporales de empresarios que pretenden concurrir a contratos convocados por las Administraciones Públicas.

2. En cuanto a la finalidad y efectos de las garantías provisionales es criterio reiterado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que estas garantías, a diferencia de las definitivas que aseguran la correcta ejecución del contrato, lo que aseguran y garantizan es la seriedad de las ofertas y la formalización del contrato adjudicado y, por tanto, procede su incautación en los supuestos de retirada de ofertas y de falta de formalización por causa imputable al adjudicatario, pues aun cuando este último supuesto es el contemplado de manera expresa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículos 36.5 y 55.3) en el primer supuesto -retirada de ofertas- también hay que admitir el efecto de incautación de las garantías provisionales por desprenderse así inequívocamente del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado, vigente en este punto, que solo permite retirar las fianzas provisionales por el transcurso de tres meses sin haber resuelto el concurso.

En casos generales de personas físicas o jurídicas estos criterios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 2/93, de 15 de abril, 31/93, de 16 de febrero de 1994, 24/98 de 30 de junio y 30/98, de 11 de noviembre) no presentan dificultades especiales en su aplicación, debiendo pasar a examinarse qué sucede en el caso de uniones temporales de empresarios al que expresamente hace referencia el escrito de consulta.

3. En cuanto a la contratación con personas físicas o jurídicas y como excepción al requisito de la personalidad, el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que la Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto. Es evidente que esta modalidad subjetiva de contratación se rige por las normas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en cuanto no exista norma específica que se aparte de la regulación general, lo que obliga a examinar, en materia de garantías provisionales cuales sean esas normas y su alcance concreto.

El artículo 18.2 del Real Decreto 390/1996 de 1 de marzo, a propósito de las garantías provisionales establece que Aen el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 36.1 de la Ley@. La primera y fundamental observación que deriva del examen de este precepto es que el mismo se limita, para facilitar la constitución de garantías provisionales a las uniones temporales de empresarios, a permitir que éstas se constituyan por una o varias de las empresas participantes en la unión temporal, siempre que se alcance la cuantía requerida, es decir, el 2 por 100, sin que, en absoluto haga referencia alguna a los efectos propios de las garantías provisionales que, en consecuencia, habrán de determinarse con arreglo a las normas generales.

En cuanto a su constitución la garantía provisional garantiza la seriedad de la oferta, en el caso de uniones temporales de empresarios la que se presenta conjuntamente por la unión, por lo que resulta absurdo admitir garantías provisionales, como se dice en el escrito de consulta que "garanticen solo a la empresa que constituye la garantía" pues lo que debe garantizar es el mantenimiento de la oferta única presentada por la unión temporal hasta llegar, en su caso, a la formalización del contrato.

Desde el punto de vista de los efectos la garantía provisional, aplicando las reglas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas deberá ser incautada cuando se retire la oferta antes de la adjudicación y cuando, por causa imputable a la unión temporal adjudicataria no se llegue a la formalización del contrato. Prescindiendo de este segundo supuesto que no plantea problemas específicos, la retirada de ofertas en el caso de uniones temporales de empresarios debe entenderse producida cuando se altera el elemento subjetivo de la unión

temporal, es decir, cuando presentada la proposición u oferta se retira alguna empresa o es sustituida por otra, pues ello contradice el principio de seriedad que garantiza la garantía provisional y la obligación de mantenimiento de la oferta que resulta del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado y ello, aunque una vez adjudicado el contrato, las empresas integrantes de la unión respondan solidariamente de su ejecución.

En resumen, debe afirmarse que la garantía provisional que garantice a una sola empresa, en el caso de unión temporal, no debe ser admitida al impedir que se produzcan los efectos propios de la garantía provisional en orden, entre otros efectos, a su posible incautación por retirada de la oferta o por falta de formalización del contrato.

4. Lo hasta aquí razonado debe trasladarse automáticamente al supuesto, a que hace referencia el escrito de consulta, de que varios profesionales, tales como Arquitectos, decidan concurrir formando una unión temporal a las licitaciones que se convocan para la redacción de proyectos, pues aparte de que ya se reconoce que es un supuesto de unión temporal, esta Junta, en sus informes de 2 de marzo de 1998 (expediente 56/97 y de 30 de junio de 1998 (expediente 26/98), ha declarado que la única manera de concurrir a las licitaciones las profesionales que no lo hagan como personas físicas o jurídicas es precisamente mediante la constitución de una unión temporal de empresarios, al amparo del artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en las uniones temporales de empresarios deben rechazarse las garantías provisionales que garanticen solo a la empresa que las constituya, pues tal limitación impide a la garantía provisional desplegar sus efectos propios y características en los supuestos de retirada de ofertas y de falta de formalización del contrato.

Informe 13/99, de 12 de noviembre de 1999. "Régimen jurídico de las enajenaciones agropecuarias".

ANTECEDENTES.

Por el General Presidente del Organismo Autónomo "Fondo de explotación de los Servicios de Cría Caballar y de Remonta", adscrito al Ministerio de Defensa, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«La Ley del Patrimonio del Estado en su Capítulo III: BIENES MUEBLES, Art. 95 dice: "La enajenación de bienes muebles propiedad del Estado tendrá lugar mediante subasta pública, con el mismo procedimiento que los inmuebles en cuanto sea aplicable....".

El Reglamento para la Aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado en su Capítulo III: BIENES MUEBLES, Art. 189, dice: "La enajenación de bienes muebles propiedad del Estado tendrá lugar mediante subasta pública, con el mismo procedimiento de los inmuebles en cuanto sea aplicable...".

En este mismo Reglamento y en su Título II: BIENES INMUEBLES, Art. 126, en su último párrafo dice: "La subasta se anunciará en el Boletín Oficial del Estado, en el de la provincia....".

Así mismo y en su Artículo 129 dice: "Para tomar parte en cualquier subasta es indispensable consignar ante la Mesa o acreditar que se ha depositado en la Caja general de Depósitos o en cualquiera de sus sucursales el 20 por 100 de la cantidad que sirva de tipo para la venta".

Este Organismo Autónomo tiene como una de sus fuentes de financiación presupuestaria la Enajenación de Semovientes y de Productos Agrícolas mediante los correspondientes expedientes de enajenación.

1.- REQUISITO DE LA PUBLICIDAD EN EL B.O.E.

La exigencia de este primer requisito, dilata en el tiempo la realización del correspondiente expediente de enajenación, no resultando adecuado para asegurar unos óptimos resultados en las ventas de productos agrícolas dado su carácter de bienes perecederos.

Este Organismo Autónomo interpreta que este sistema de publicidad es ineficaz, toda vez que no es el medio habitual de información de las empresas del ramo agrícola ni de los intermediarios del sector.

Al mismo tiempo habría que significar que al tratarse de productos agrícolas, hay diversos parámetros que difícilmente pueden determinarse con 1 ó 2 meses de antelación (duración aproximada del expediente) como son: inclemencias del tiempo, oportunidad en el mercado, deterioro en el almacenamiento, etc., afectando al principio general que ha de seguir toda administración pública como es el de buscar y preservar los intereses generales del Estado.

Por todo ello, habría que reducir al máximo el tiempo de tramitación del expediente para que el Organismo autónomo tenga la posibilidad de decidir sobre el momento más idóneo y conveniente para realizar dichas ventas, de acuerdo con las ofertas del

mercado y por otro lado, utilizar un procedimiento de información más eficaz para dar cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia que deben regir estas enajenaciones.

La alternativa a la publicación en el B.O.E., que se presenta, sería: publicación en diarios provinciales y regionales de la zona, tablón de anuncios de las alcaldías así como en los tablones de anuncios de las Unidades en las que se produce la enajenación y además la comunicación por escrito a empresas del sector.

2.- REQUISITO DEL DEPOSITO DEL 20%.

En este apartado se plantea si es ineludible el requisito anteriormente mencionado del depósito (Art. 129 del R.P.E:) o si por analogía se podría aplicar el Art. 36, Punto 2 de la L.G.C.A.P., en el cual el Órgano de Contratación puede dispensar de la garantía provisional en los Contratos de Suministros de cuantía inferior a la fijada en el Art. 178.2, toda vez que los lotes a enajenar por este Organismo Autónomo no exceden de dicha cantidad.

Este Órgano Gestor cree que la exigencia de dicho depósito va en contra de los principios de concurrencia, buena administración y eficacia, pudiéndose dar diversos casos:
a) Ganado que quede desierto porque nadie ha presentado del depósito.
b) Ganado que se venda solamente por el precio de salida, pues solo ha habido una persona que efectúa el depósito.
c) Que habiendo depositado para un solo caballo, ya no pueda participar para el resto de la subasta ... etc.

Todo ello tendría como consecuencia para este Organismo que disminuirían sus ingresos presupuestarios por enajenaciones, aumento de los gastos y no poder cumplir uno de sus requisitos fundamentales que es el de la renovación de la ganadería equina.

Al mismo tiempo, se hace constar, que la costumbre de las subastas que se efectúan entre particulares, por el sistema de "pujas a la llana", en estos ramos, no obligan a los participantes a efectuar dicho depósito, siendo libre la participación en todos sus lotes. Todo ello sin cuestionar la necesidad de consignar el depósito para el que resulte efectivamente adjudicatario.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto este Organismo Autónomo eleva las siguientes consultas:

1. ¿Es imprescindible u obligatoria la publicidad en el B.O.E. en las enajenaciones agropecuarias?.

2. ¿Es imprescindible u obligatorio el depósito previo del 20 % en las mismas?.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las dos cuestiones concretas que se suscitan en el escrito de consulta -la de la necesidad de publicidad en el Boletín Oficial del Estado y del depósito previo del 20 por 100 en las enajenaciones denominadas agropecuarias, en el caso concreto consultado enajenaciones de caballos y de productos agrícolas- han de ser abordadas y resueltas mediante la interpretación de las disposiciones aplicables a dichas enajenaciones.

Aunque los artículos 5.3 y 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al definir las distintas clases de contratos de las Administraciones Públicas y determinar su régimen jurídico no mencionan, de manera expresa las enajenaciones de bienes muebles, en general, y, por tanto de semovientes, equiparados a muebles según la prescripción del artículo 239.b) del Reglamento General de Contratación del Estado, y de productos agrícolas, sin embargo no puede cuestionarse, en cuanto a su naturaleza, que se trata de contratos privados de la Administración, por referirse el artículo 5.3 a los restantes contratos que no sean administrativos típicos, ni administrativos especiales y, en cuanto a su régimen jurídico que se rigen por sus normas administrativas especiales y, en su defecto, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Estas normas administrativas especiales están constituidas por la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y por el Reglamento para su aplicación, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, que contienen normas reguladoras de las enajenaciones de bienes muebles en general y, por tanto, de las denominadas enajenaciones agropecuarias que, en el caso presente se refieren a semovientes y productos agrícolas, sin que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pueda entrar en su regulación por la vía ya señalada de defecto o ausencia de regulación en puntos concretos de la legislación patrimonial.

Por otra parte el punto cuarto de la Orden 17/1995, de 30 de enero, por la que se determina la nueva estructura de los Servicios de Cría Caballar y Remonta viene a confirmar lo anterior en cuanto preceptúa que la adquisición y enajenación de semovientes por el Organismo se efectuará con arreglo a las disposiciones contenidas en la vigente legislación de Contratos y Patrimonio del Estado.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada -la de la publicación de las enajenaciones en el Boletín Oficial del Estado- el artículo 95 de la Ley del Patrimonio del Estado establece que ?la enajenación de bienes muebles, propiedad del Estado, tendrá lugar mediante subasta pública, con el mismo procedimiento que los inmuebles en cuanto sea aplicable?, añadiendo que ?no obstante cuando el valor de los bienes a enajenar no sea superior a 500.000 pesetas y se trate de bienes obsoletos o deteriorados por el uso, la enajenación se podrá efectuar de forma directa?. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 126 del Reglamento establece que la subasta se anunciará en el ?Boletín Oficial del Estado, en el de la provincia y en el tablón de anuncios de la respectiva Delegación de Hacienda, con una antelación mínima de veinte días a la fecha señalada para su celebración?.

De las normas expuestas se deduce que la enajenación de bienes muebles en la legislación del Patrimonio del Estado y en el aspecto que examinamos, tiene una regulación completa, si bien por remisión a la regulación de enajenaciones de bienes inmuebles, sin que, por tanto pueda entrar en juego, con carácter supletorio, ninguna norma de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, pudiendo concluirse que las subastas de bienes muebles han de anunciarse en la forma prevista en el artículo 126 del Reglamento, sin que de esta regla puedan exceptuarse otros supuestos que aquellos en los que precisamente no proceda la utilización de la subasta, sino la enajenación directa, de conformidad con el artículo 95 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Por lo demás en el escrito de consulta no se utiliza argumento alguno que desvirtúe la interpretación propugnada, sino que se limita a realizar una crítica a la dilación que supone la necesidad de publicidad en el ?Boletín Oficial del Estado? de las citadas enajenaciones, lo que, en su caso, justificaría una propuesta de modificación de la normativa vigente, pero nunca constituiría motivo para su inaplicación.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de la necesidad de un depósito previo del 20 por 100 del importe de la enajenación- ha de ser resuelta en el mismo sentido que la cuestión anterior, dado que el artículo 129 del Reglamento de la Ley del Patrimonio del Estado, si bien referido a subasta de bienes inmuebles pero aplicable a la de bienes muebles por lo dispuesto en el artículo 95 de dicha Ley, establece que "para tomar parte en cualquier subasta es indispensable consignar ante la Mesa o acreditar que se ha depositado en la Caja General de Depósitos o en cualquiera de sus sucursales el 20 por 100 de la cantidad que sirva de tipo para la venta".

Regla tan taxativa de la legislación patrimonial impide que entre en juego la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sobre todo, en el sentido consignado en el escrito de consulta de posible aplicación de la posibilidad de dispensa del artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que es muy difícil asimilar las garantías provisionales previstas para los contratos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con el depósito previo del 20 por 100 del artículo 129 de la Ley del Patrimonio del Estado que, en definitiva se convierte en un descuento del precio a pagar por el adquirente del bien enajenado. Por otra parte, tampoco resulta afortunada la alusión a la costumbre en subastas que se efectúan entre particulares por el sistema de "pujas a la llana", pues dichas subastas se regirán por el principio de libertad de pactos y en las mismas no existe, por tanto, una regulación que imponga, en todo caso de existencia de tipo para la subasta, la obligación de constituir el depósito previo del 20 por 100 de su importe.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en las subastas de bienes muebles o semovientes es ineludible la publicidad y la consignación de un depósito previo del 20 por 100, de conformidad con el artículo 95 de la Ley del Patrimonio del Estado y artículos 126 y 129 de su Reglamento, sin que puedan entrar en juego, por no existir ausencia o defecto de regulación en estos extremos, preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Informe 15/99, de 30 de junio de 1999. "Interpretación del artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la obligación de notificación que impone. Concepto de interesado en un procedimiento de adjudicación de un contrato al efecto de acceder a la información de las proposiciones presentadas por las empresas candidatas".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas Suministradoras y Contratistas de las Administraciones Públicas (AESPYME), en representación de la misma, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, después de fundamentar su legitimación para formular consulta, la concreta en los siguientes apartados de su escrito-.

«SEGUNDO.- Se plantea en esta consulta con solicitud de dictamen la interpretación que realiza un órgano de contratación en un concurso abierto por un contrato de suministro, de la condición de interesado a los efectos de poder solicitar y conocer el informe realizado por el Centro Técnico que analizó las muestras aportadas por los licitadores en dicho concurso, solicitando copia de los análisis llevados a cabo por el mencionado centro.

TERCERO.- En contestación a dicha solicitud, por la Administración convocante se contestó que: "No procede remítirle el informe conforme a lo previsto en el artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (....)", continuando que dicha "información queda limitada a quienes fueron licitadores y vieron su oferta rechazada".

CUARTO.- Por esta Asociación se estima que en base a su objeto asociativo se posee la condición de "interesados" que, a nuestro juicio, tiene nuestra Asociación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31.2, 35. a) y 3 7. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por ello se solicita dictamen de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de la correcta interpretación del artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto de la condición de interesado en un contrato de suministro, y si dicha condición la puede ostentar una Asociación que, debido a su fin social y al no tener carácter lucrativo, nunca podrá licitar en un concurso público.

QUINTO.- A mayor abundamiento, se solicita se amplíe el dictamen respecto a si una Asociación puede ostentar la condición de interesado en cualquier expediente administrativo relacionado o no con el fin asociativo de dicha asociación,

Por todo lo expuesto

Solícito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que, de conformidad con el contenido del presente escrito, emita dictamen en el que se contesten a las cuestiones planteadas por esta Asociación en el cuerpo de este escrito en aras del respeto a los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación que deben presidir la contratación administrativa».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión concreta que se plantea en el presente expediente, conforme se consigna en el escrito de consulta, consiste en la interpretación correcta del artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de si puede considerarse interesado en un contrato de suministro a una asociación empresarial, teniendo en cuenta que un determinado órgano de contratación ante la solicitud de dicha asociación de conocer los informes técnicos y análisis de las muestras de los productos a suministrar contestó que "no procede remitirle el informe conforme a lo previsto en el artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" añadiendo que dicha "información queda limitada a quienes fueron licitadores y vieron su oferta rechazada?.

2. Antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada conviene hacer determinadas consideraciones sobre la competencia de esta Junta, sobre el alcance y significado de los informes y sobre los medios de reacción contra actos y decisiones de los órganos de contratación.

Las disposiciones reguladores de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y Real Decreto 30/1991, de 18 de enero), le atribuyen competencia exclusivamente en materia de contratación administrativa, por lo que no resulta procedente plantear ante la misma cuestiones de procedimiento administrativo general como se hace en el apartado quinto del escrito de consulta, en el que se solicita se amplíe el dictamen respecto de si una asociación puede ostentar la condición de interesado en cualquier expediente administrativo relacionado o no con el fin asociativo de dicha asociación, por lo que, en este extremo, esta Junta Consultiva carece de competencia para realizar pronunciamiento alguno.

3. En cuanto al alcance y significado de los informes de esta Junta y los medios de reacción contra actos y disposiciones de los órganos de contratación procede que nos remitamos a nuestro informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 2/99) emitido a solicitud del Presidente de la misma Asociación.

En el citado informe se razonaba que los emitidos por esta Junta no son vinculantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que en aquel caso -y en este también- el informe no se solicita por ningún órgano de contratación, por lo que cualquiera de ellos, en supuestos futuros, puesto que la decisión en el presente caso ya ha sido adoptada, puede apartarse de los criterios de esta Junta, sin que, exista siquiera necesidad de motivar su decisión, de conformidad con el artículo 54.1 c) de la citada Ley, precisamente por la circunstancia de no ser solicitado el informe por ningún órgano de contratación,

Enlazando con lo anterior, en el informe al que nos estamos refiriendo se razonaba que las discrepancias de los interesados con determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en este caso con la decisión del órgano de contratación de no facilitar la información solicitada, deben ser resueltas por vía de impugnación de la correspondiente decisión, de manera que sean los Tribunales de Justicia los que se pronuncien sobre su ajuste o no a la legislación vigente, sin que los informes de esta Junta, en general los informes jurídicos, tengan otro alcance que ilustrar la decisión de los órganos de contratación.

4. Hechas estas indicaciones y pasando al examen del artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hay que indicar que este precepto obliga

únicamente a comunicar a todo candidato o licitador rechazado, previa solicitud de los mismos, los motivos del rechazo de su candidatura o proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación siendo la razón determinante del mismo la que justifica su inclusión en las Directivas comunitarias, de donde procede y que no es otra que establecido a efectos de posibilitar la vía de recurso solo afecta a los participantes en la licitación, pues solo ellos, por esta vía, podrán impugnar su rechazo o la adjudicación a otra empresa, que son los supuestos a que hace referencia el citado artículo 94.5

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el artículo 94.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas obliga exclusivamente a notificar, previa solicitud de los interesados, los motivos del rechazo de una candidatura o proposición y las razones o motivos de la adjudicación a los candidatos y licitadores que hayan solicitado participar o hayan participado en una licitación, siendo la razón de esta limitación el que solo ellos están legitimados para utilizar la vía de recurso contra el rechazo de la candidatura o proposición o la adjudicación del contrato.

Informe 21/99, de 17 de junio de 1999. "Exigencia administrativa de redactar un estudio, objeto del contrato, exclusivamente en lengua autonómica (catalán)".

ANTECEDENTES.

1. Por D. Juan Herrera Fernández, en su calidad de Presidente de Tecniberia Civil, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal.

«La Generalitat de Catalunya ha convoca un concurso para la redacción de un "Estudi sobre alternatives de gestió al Sistema Aeroportuari Catalá" (Estudio sobre alternativas de gestión del Sistema Aeroportuario Catalán).

En la cláusula tercera del Pliego de Prescripciones Técnicas que informa dicho concurso, así como en el punto 28 de las Cláusulas Administrativas, se exige la utilización exclusiva de la lengua catalana (adjuntos).

Interesamos de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de un dictamen acerca de la procedencia de esta exigencia lingüística, que podría entrar en colisión con la Constitución Española, la cual garantiza el derecho universal de uso en España del idioma español (Art. 3.1.). La limitación fáctica de competencia que dicha exigencia implica es la que provoca nuestra solicitud, que confiamos sea atendida con su característica exactitud y puntualidad».

2. A dicho escrito se acompaña fotocopia de la cláusula tercera del pliego de prescripciones técnicas y de la cláusula 28 del pliego de cláusulas administrativas particulares en las que se especifica, respectivamente, que "el idioma a utilizar en los documentos del trabajo será el catalán, a menos que se especifique otra cosa? y que ?si el objeto del contrato es la elaboración de estudios, proyectos, programas de ordenador y aplicaciones o trabajos análogos el adjudicatario lo habrá de presentar en catalán".

3. Con posterioridad al escrito de solicitud de informe se incorpora al expediente escrito del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, contestando a otro de Tecniberia Civil, en el que, después de destacar los hechos que han quedado reseñados en los apartados anteriores, expone que "la Generalidad de Catalunya, cumpliendo el mandato establecido en la Ley 7/1983, de Normalización Lingüística de Catalunya aprobó el Decreto 107/1987, de 13 de marzo, mediante el cual se regula el uso de las lenguas oficiales por parte de la Administración de la Generalitat de Catalunya y concretamente el artículo cuarto dispone que ?los estudios, proyectos y trabajos que la Generalitat encargue a terceros dentro del ámbito territorial catalán se habrán de entregar en catalán, excepto en el caso que su finalidad exija la redacción en otra lengua".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su reciente informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 2/99), "los informes de esta Junta Consultiva no son vinculantes a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que, en este caso, el informe no se solicita por ningún órgano de contratación, por lo que cualquiera de ellos puede apartarse de los criterios que se van a exponer, sin que exista siquiera la necesidad de motivar su decisión, de conformidad con el artículo 45.1.c) de la citada Ley, precisamente por la circunstancia de no ser solicitado el informe por ningún órgano de contratación". En el mismo informe se añade que "las discrepancias de los interesados con determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, lo que parece suceder en el presente caso, deben ser corregidas por vía de impugnación de los correspondientes pliegos, para que sean los Tribunales de Justicia los que se pronuncien sobre su conformidad o disconformidad a la legislación vigente, sin que los informes de esta Junta, en general los informes jurídicos, tengan otro alcance que ilustrar la decisión de los órganos de contratación con el alcance limitado, que en este caso ha sido puesto de relieve, derivado de la circunstancia de no solicitarse el informe por los propios órganos de contratación".

La doctrina del informe citado de 17 de marzo de 1999 es perfectamente reiterable en el presente supuesto, si se observa que el informe no se solicita por ningún órgano de contratación y que las posibles discrepancias afectan a la cláusula tercera del pliego de prescripciones técnicas y a la cláusula 28 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del estudio sobre alternativas de gestión del sistema aeroportuario catalán, por lo que las posibles discrepancias de los interesados con las citadas cláusulas deben planteare y resolverse por los Tribunales de Justicia, sin que constituya vía adecuada el pretender resolverlas por vía del informe de esta Junta.

2. A mayor abundamiento debe señalarse que, según se desprende del escrito del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña en contestación a otro de la Asociación consultante y del propio escrito de consulta se trataría de cuestionar la constitucionalidad de la Ley 7/1983, de Normalización Lingüista de Cataluña y del artículo 4 del Decreto 107/1987, de 13 de marzo, mediante el cual se regula el uso de las lenguas oficiales por parte de la Administración de la Generalidad de Cataluña, cuestión sobre la que esta Junta carece obviamente de competencias para pronunciarse, sin que las circunstancias, puestas de relieve por Tecniberia Civil en su escrito al Departamento de Política Territorial y Urbanismo de la Generalidad de que los resultados esperados del estudio podrían mejorarse si se permitiera su presentación en castellano, de que se ampliaría el número de licitantes interesados y podría obtenerse una gama de ofertas que condujera a una ejecución económicamente más conveniente y de que la solución de traducir los documentos de trabajo y los finales añade costes que pueden considerarse inútiles e introduce distorsiones y pérdidas de calidad técnica, puedan tomarse como alegaciones contra la legalidad de la medida incluida en los pliegos, sino como criterios de, a juicio de quien los expone, buena gestión en la adjudicación de los contratos.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no debe realizar pronunciamiento expreso sobre la cuestión planteada, dado que la discrepancias sobre la legalidad de determinadas cláusulas de los pliegos y las constitucionalidad de determinadas disposiciones son ajenas a su competencia específica.

Informe 22/99, de 30 de junio de 1999. "Posibilidad de subsanación de defectos materiales respecto de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social".

ANTECEDENTES.

Por el Secretario de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Oviedo se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

Ante las dudas y disparidad de criterios surgidos en la mesa de contratación de este Organismo Autónomo, esta Secretaría se permite plantear a esa Junta la siguiente consulta:

1.- Si cabe conceptuar como defecto material subsanable en el plazo de 3 días al que se refiere el Artículo 101 del Reglamento de Contratos del Estado, la no presentación en las plicas de alguno de los documentos justificativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias exigido en los Artículos 20.f de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 7 y siguientes del Real Decreto 390/96.

2.- Si en lo que respecta a las obligaciones tributarias con la propia Administración contratante -o sea un tributo de la Administración Local titular de la contratación- cabría interpretar en base a lo establecido en el Artículo 35, f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que el proponente tiene derecho a no presentar documentación que obre en poder de la Administración actuante. En definitiva: Si puede alegar con fundamento que no presenta la documentación justificativa de estar al corriente en el pago de tributos locales por obras en poder del Ayuntamiento la documentación acreditativa de ello.

3.- En caso de ser afirmativa la respuesta a la consulta planteada en el número 1, si cabe realizar el pago y ponerse al corriente en cuanto a las deudas dentro del plazo de 3 días para subsanación de deficiencias, de forma que la acreditación de estar al corriente en tales deudas lo sea no con referencia al momento de presentación sino a un momento posterior. Interpretación que puede tener su apoyo en que la Ley de Contratos en su Artículo 63 establece que las causas de nulidad se entienden referidas al momento de la adjudicación».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo suscitadas en el anterior escrito ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que el mismo es suscrito por el Secretario de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Oviedo.

Como reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros y como más recientes, en sus informes de 20 de marzo, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997 y 11 de junio, dos de 30 de junio y 16 de diciembre de 1998, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hoy concretamente, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de dicha Junta. El artículo 17 del citado Real Decreto establece que la Junta emitirá sus informes a

petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Intervención General de la Administración del Estado, Presidentes de las Organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, titulares de las Consejerías de Comunidades Autónomas y Presidentes de Entidades Locales. En consecuencia, al venir formulada la consulta por el Secretario de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Oviedo, debe considerarse inadmisible dicha consulta, sin perjuicio de que la misma pueda volver a ser planteada por alguna de las personas que menciona el artículo referido.

2. No obstante lo anterior y por el interés que pueda suscitar para casos similares, esta Junta considera conveniente realizar algunas precisiones en relación con las cuestiones suscitadas.

En materia de defectos subsanables esta Junta ha mantenido el criterio, que se reitera, de que sin ser posible establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que reúnen tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Por tanto, podrá considerarse defecto subsanable la falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, pero no deberá admitirse que en el plazo para subsanar defectos el licitador se ponga al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el artículo 35 f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para eximir de acreditar el cumplimiento de obligaciones tributarias con el Ayuntamiento contratante hay que significar que el carácter supletorio de la citada Ley, según la disposición adicional séptima de la misma, no permite prescindir de la aplicación de los artículos 7, 8 y 10 del Real Decreto 390/1996, de 30 de marzo, en cuanto no distinguen, a efectos tributarios, entre Administración General del Estado y Administración local contratante, sino que expresamente cita a esta última en el artículo 7.1.e).

Informe 40/99, de 30 de junio de 1999. "Sobre aplicación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos y sobre utilización del procedimiento negociado en casos de declaración del concurso desierto".

ANTECEDENTES.

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Con fecha 31 de mayo de 1999, esta Subsecretaría, siguiendo instrucciones del titular del Departamento, y a fin de que formara mejor criterio el Consejo de Ministros como órgano de contratación que debe resolver el concurso para otorgar la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo", solicitó dictamen de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa "sobre la procedencia de la propuesta formulada por la Mesa de contratación en función de los dispuesto por el artículo 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y de la base 9ª del correspondiente pliego".

En relación con el mismo concurso, y a fin de que por el órgano de contratación pueda adoptarse una decisión, tras haber sido suficientemente considerados y valorados en el marco jurídico regulador de la adjudicación de la concesión todos los extremos sobre los que versan las ofertas, se solicita de esa Junta Consultiva:

1. Que, en cumplimiento del acuerdo del Consejo de Ministros del 11 de junio de 1999, dictamine si, al amparo de lo previsto en el artículo 84.2.b) en relación con el 91 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el acuerdo que adopte el órgano de contratación puede no acomodarse a la propuesta, en base a considerar que la ?evaluación errónea y excesivamente baja? (citada en la valoración del criterio 4? del Informe-propuesta de la Mesa de contratación, referida a la estimación de los tipos de interés -cuya evaluación futura no depende del concursante-) puede considerarse como baja desproporcionada o temeraria, en los términos previstos en el citado artículo 84.2.b).

2. Igualmente, se solicita dictamen de ese Órgano consultivo sobre la viabilidad de acordar la apertura de un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de la concesión de referencia, en el supuesto de que sea declarado desierto el concurso, tal como se propone en el proyecto de Acuerdo de Consejo de Ministros que se acompaña.

Se adjunta, asimismo, de nuevo la documentación ya remitida con ocasión de la consulta precedente sobre el concurso, así como fotocopia del informe emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia, de fecha 27 de mayo de 1999».

2. Conforme se indica en el anterior escrito, además del proyecto de Acuerdo del Consejo de Ministros sobre apertura de un procedimiento negociado, se adjunta nuevamente la documentación remitida con ocasión de la consulta precedente sobre el concurso, que motivó el informe de esta Junta de 10 de junio de 1999 (expediente

39/99) así como fotocopia del informe emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia de fecha 27 de mayo de 1999.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Reiterando las consideraciones expuestas en nuestro anterior informe de 10 de junio de 1999 referente al concurso para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo, que se dan por reproducidas, resulta necesario abordar las cuestiones que ahora expresamente se suscitan y sobre las que el informe del Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia de 27 de mayo de 1999 propone que se pronuncie esta Junta Consultiva, consistiendo la primera en determinar si la ?evaluación errónea y excesivamente baja? de una de las ofertas puede considerarse como baja desproporcionada o temeraria en los términos previstos en el citado artículo 84.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la segunda en determinar, si el concurso es declarado desierto, si procede acordar la apertura de un procedimiento negociado con dispensa de publicidad, si se solicitan ofertas, en este nuevo procedimiento, a los grupos que las presentaron en el previo concurso, ya declarado desierto.

2. A diferencia de la subasta donde los supuestos y procedimiento para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, está perfectamente reglado y no debe suscitar especiales dificultades, la distinta ponderación del criterio del precio, incluso su inexistencia, en el concurso determina que sea imposible apreciar ?a priori? los supuestos en que una oferta debe considerarse desproporcionada o temeraria, y, en consecuencia, pueda aplicarse el procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 84, apartados 2 b, 3, 4 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Excepción a la afirmación realizada la constituye el que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares contenga fórmulas o criterios para la previa consideración de desproporcionadas o temerarias de las bajas de las ofertas en concursos, como esta Junta, como inmediatamente veremos, ha puesto de relieve y como pretende resolver el proyecto de Ley, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente en tramitación parlamentaria, al dar nueva redacción a su artículo 87, apartado 3, que literalmente establece que ?en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias?.

Esta Junta Consultiva, con arreglo a la legalidad vigente, ha manifestado la imposibilidad de apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, salvo que el pliego introduzca un sistema que permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas. Así en el informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96) (al que posteriormente se remiten los informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96) y el informe de 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97), en sus apartados 1, 2, 3, 4 y 5 de sus consideraciones mantenía lo siguiente:

«1 - La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si las normas sobre bajas temerarias o desproporcionadas -ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria- que contiene la Ley 13/1995, de

18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se circunscriben exclusivamente a la forma de adjudicación mediante subasta o, por el contrario, resultan de aplicación al concurso e, incluso a los supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad. La cuestión enunciada tiene que ser resuelta partiendo de la regulación en las Directivas comunitarias de las ofertas anormalmente bajas, para, a continuación, examinar como se refleja en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la obligada incorporación del contenido de dichas Directivas en este extremo concreto a la legislación española.

2 - La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. El artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, con redacción prácticamente idéntica, después de mencionar los criterios en que puede basarse la adjudicación del contrato -el de precio más bajo o subasta en la terminología de la legislación española y el de la oferta más ventajosa económicamente con arreglo a distintos criterios o concurso en nuestra regulación- establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas. Resulta así incuestionable que en las Directivas comunitarias las ofertas anormalmente bajas pueden darse tanto en el concurso como en la subasta, ya que los reseñados preceptos, después de admitir que se puedan tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía o ahorro del procedimiento de construcción o proceso de fabricación, a las soluciones técnicas adoptadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, el suministro de productos o la prestación del servicio y a la originalidad del proyecto o del suministro, aclara que si en el pliego de condiciones se previera la adjudicación a la oferta más baja, la entidad adjudicadora comunicará a la Comisión las ofertas rechazadas.

3 - La finalidad que persigue la regulación comunitaria de las ofertas anormalmente bajas -de evitar su rechazo automático- y los medios concretos para ello -realizar las comprobaciones y verificaciones oportunas- aparecen incorporados al artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece la posibilidad de adjudicar el contrato a proposiciones incursas en presunción de temeridad siempre que, previos los informes y comprobaciones oportunas se estime que la proposición es susceptible de cumplimiento a satisfacción de la Administración. Este extremo del artículo 84 de la Ley, aunque se incluye en la regulación de la subasta (Subsección 2?, Sección 2?, Capítulo VII, Título III, Libro I) resulta aplicable al concurso no solo por la prescripción contenida en el artículo 91 de la misma Ley que establece que "los preceptos relativos a la celebración en la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación", sino también y fundamentalmente porque mediante la aplicación de la norma examinada al concurso, nuestra legislación se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, lo cual constituye una consecuencia inexcusable de nuestra pertenencia a la Unión Europea

4 - Solución contraria, es decir, de signo negativo, ha de ser mantenida en cuanto a la concreta aplicación al concurso de la regla contenida en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado al establecer que se considerará en principio como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo

porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, dado que, el carácter no homogéneo de las proposiciones presentadas en los concursos, en relación con los diversos criterios de adjudicación establecidos en el pliego, impide la aplicación del criterio matemático establecido para supuestos en que el único criterio de adjudicación es el del precio como ocurre en la subasta.

Debe observarse que con ello no se mantiene la derogación, en este extremo, del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado lo cual estaría en contradicción con el reconocimiento de su vigencia que realizan el artículo 23 y la disposición derogatoria única del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que únicamente se sostiene que la regla de dicho artículo 109 no resulta aplicable al concurso, con lo que entra en juego la salvedad del artículo 91 de la Ley que exceptúa de la aplicación al concurso lo que sea exclusivamente aplicable a la forma de adjudicación de la subasta y permite mantener en este extremo concreto la vigencia del artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto considera de no aplicación al concurso el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Lo indicado en este apartado no constituye obstáculo, sin embargo, para que a través de los pliegos del concurso y mediante el juego obligado de criterios objetivos y de su ponderación a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se introduzca un sistema que, respetando siempre el principio de imposibilidad de su rechazo automático, permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas, resultando innecesario destacar, por obvio, que un futuro desarrollo reglamentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrá abordar la regulación de las ofertas anormalmente bajas o bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos al amparo de la remisión que a estas normas reglamentarias realiza el artículo 84.3 para la fijación de criterios objetivos para la apreciación del carácter desproporcionado o temerario de las bajas.

5 - La inaplicabilidad al concurso del criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado determina que resulte ocioso plantearse si procede o no exigir al adjudicatario una garantía definitiva equivalente al importe total del contrato, consecuencia prevista en los artículos 37.4 y 84.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la sencilla y exclusiva razón de no concurrir el presupuesto de hecho del que parten los mencionados artículos, que no es otro que el de la adjudicación a una oferta cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y, que, como hemos razonado resulta inaplicable al concurso».

Si a las consideraciones anteriores se añade que el contrato para la construcción, conservación y explotación de una autopista es un contrato de gestión de servicio público o, al menos, un contrato mixto que se rige por las normas del de gestión de servicios, salvo en el aspecto de su publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que se rige por las normas del contrato de obras (informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997 (expediente 46/97), que trata de superar las dificultades interpretativas que puede suscitar la redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y que el contrato de gestión de servicios públicos todavía no ha sido objeto de regulación por la Directivas comunitarias, fácilmente puede concluirse que, en este caso concreto, ni siquiera las exigencias de las Directivas comunitarias pueden operar y que al no figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni en el pliego de bases del concurso, fórmulas para

apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias resulta de imposible aplicación lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el procedimiento y efectos de las bajas desproporcionadas o temerarias en la subasta.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la viabilidad del procedimiento negociado sin publicidad, una vez declarado desierto el concurso- lo primero que hay que afirmar es que tal declaración sólo supone la conclusión de un procedimiento de adjudicación, que no necesariamente conduce a la utilización del procedimiento negociado, pues existen otras soluciones (no convocar nuevamente el procedimiento de adjudicación o convocar un nuevo concurso) que no pueden ser descartadas, por lo que la utilización de dicho procedimiento ha de ser examinada en términos de su viabilidad jurídica, como expresamente se consulta.

El artículo 160.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que el procedimiento negociado pueda tener lugar en el contrato de gestión de servicios públicos para aquéllos contratos que no llegasen a adjudicarse porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera. Como se ponía de relieve en el citado informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997(expediente 46/97) el contrato de gestión de servicios públicos que implica la construcción de obras, ha de regirse por las normas de publicidad comunitaria del contrato de obras, por lo que resulta procedente también la cita del artículo 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que admite no se publique el anuncio de licitación si se incluyen en el procedimiento negociado a todos los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a licitación.

En definitiva procede concluir que declarado desierto el concurso para la adjudicación del contrato de construcción, conservación y explotación de una autopista puede utilizarse el procedimiento negociado, al amparo de los artículos 160.2.e) y 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los requisitos de condiciones y precio a que se refiere el primero, si bien dicha utilización está previamente condicionada a que las ofertas en el primitivo concurso hayan sido inadmitidas, o considerado irregulares o inaceptables, debiendo remitirnos expresamente, en cuanto a las funciones de esta Junta en relación con examen de las ofertas y a la falta de transcendencia de la diversidad terminológica que se observa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a ofertas inadmisibles, irregulares e inaceptables, a cuanto se expuso en nuestro anterior informe de 10 de junio de 1999.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, respondiendo a los extremos objeto de consulta, entiende:

1. Que la distinta ponderación en los concursos del criterio del precio, incluso su posible inexistencia, hacen imposible la aplicación de los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas referentes a ofertas con bajas desproporcionadas o temerarias en las subastas y solo mediante las oportunas previsiones en el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá establecerse un sistema o fórmula para su posible consideración en los concursos, lo que no ha sucedido en el presente caso.

2. Que una vez declarado desierto el concurso para la construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista Santiago de Compostela-Orense y dicha declaración se haya producido por ser las ofertas presentadas inadmisibles, irregulares o inaceptables, aparte de otras posibilidades, puede acudirse a un procedimiento negociado, de conformidad con los artículos 160.2.e) y 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cumpliendo los requisitos que resultan de tales artículos.

Informe 26/99, de 30 de junio de 1999. "Improcedencia de retener en los abonos al contratista adjudicatario de un contrato de obras de importes destinados al pago de un contrato consultoría y asistencia concertado para la dirección de las obras".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Diputación de Burgos se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

«Con fecha de 9 de marzo de 1999, esta Presidencia suscribe Providencia instando la solicitud a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de informe jurídico a deducir de los siguientes, antecedentes:

Primero.- Mediante acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno de 10.04.97, es aprobado el pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a las obras de ejecución de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento de Clunia, 1? fase, con un presupuesto total de 37.024.576.- ptas.

Este presupuesto es coincidente con el presupuesto de ejecución por contrata del proyecto técnico, en el que se incluye un capítulo en concepto de honorarios de dirección facultativa de las obras, por importe de 1.711.606.- ptas.

Segundo.- La cláusula 12, aptdo. c) del pliego, señala: "En el supuesto de que la dirección técnica de las obras sea desarrollada por técnicos externos a esta Diputación, de las certificaciones presentadas se retendrá el importe de los honorarios (I.V.A. incluido), que deberán reflejar la bonificación del 20 por 100 por trabajos realizados a favor de la Administración, según normativa específica de aplicación en materia de tarifas de honorarios profesionales."

Tercero.-Sometidos dichos pliegos a informe de fiscalización, se recomienda la apertura de un expediente para la contratación de dichos honorarios, suscribiéndose, en consecuencia, el correspondiente contrato de consultoría y asistencia por el importe anteriormente mencionado, previo acuerdo de adjudicación adoptado por la Comisión de Gobierno de 8 de mayo de 1997.

Cuarto.- Al convocar la licitación para la ejecución de las obras propiamente dichas, no se reparó en el hecho de que del presupuesto inicial -37.024.576,-ptas.- había que detraer el importe de los honorarios (1.711.606,-ptas.), dado que éstos habían sido retenidos de la misma partida. Correlativamente hubiera sido preciso suprimir el apartado c) de la cláusula 12ª mencionada, dado que los honorarios habían sido ya objeto de adjudicación en otro expediente incoado al efecto.

La adjudicación de las obras se llevó a cabo mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno de 28.07.97, por un importe de 36.000.000 ptas.

Quinto.- Advertido el error, la Comisión de Gobierno, en aras de la facultad interpretativa que le asiste, adopta acuerdo de convalidación, de fecha 25.09.97, mediante el suplemento de crédito de la partida 16/453/622 por importe de 687.030,-ptas, y posterior acuerdo de 29.10.98 disponiendo sobre la improcedencia de retener

al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa.

Sexto.- El documento contable procediendo al pago de las cantidades retenidas al contratista es reparado de legalidad por el Sr. Interventor, en base a que la empresa ha percibido las cantidades que le han sido certificadas de conformidad con la adjudicación de la obra y en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 12?, c) del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Séptimo.- El Sr. Oficial Mayor Letrado emite informe, aduciendo la improcedencia de entrar en juicios jurídicos sobre el fondo del asunto a que se refiere el acuerdo interpretativo adoptado por la Comisión de Gobierno, dado que se trata de un acuerdo declarativo de derechos que no puede dejarse sin efecto sin cumplir previamente los trámites establecidos en el art. 102 o, en su caso, 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A la vista de los antecedentes descritos, esta Presidencia, mediante Providencia del día 9 del mes en curso, resuelve suspender cautelarmente la eficacia del documento contable, en tanto se emita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la procedencia o improcedencia del abono al contratista en las retenciones practicadas».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada hay que destacar que no se han remitido a esta Junta los documentos cuyo conocimiento sería necesario para formarse un juicio completo de los hechos producidos y que son los siguientes:
a) pliego de cláusulas administrativas particulares para la ejecución de las obras de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos en el Yacimiento de Clunia 1? fase, aprobado por acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de fecha 10 de abril de 1997.
b) informe de fiscalización de los pliegos en el que se recomienda la apertura de un expediente para la contratación de honorarios, (debe quererse decir para la dirección de obras).
c) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 8 de mayo de 1997 de adjudicación del contrato de consultoría y asistencia para la dirección técnica de las obras.
d) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 28 de julio de 1997 de adjudicación del contrato de obras.
e) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 25 de septiembre de 1997 de convalidación, mediante el suplemento de crédito, de la partida 16/453/622 por importe de 687.030 pesetas.
f) acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998 sobre la improcedencia de retener al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa.
g) reparo del Interventor al documento contable procediendo al pago de las cantidades retenidas al contratista.
h) informe del Oficial Mayor Letrado aduciendo la improcedencia de entrar en juicios jurídicos sobre el fondo del asunto a que se refiere el acuerdo interpretativo de la Comisión de Gobierno de la Diputación, dado que se trata de un acuerdo declarativo de derechos.

Si a la omisión de los documentos reseñados se añade la falta de datos sobre la ejecución de los respectivos contratos y la falta de claridad con que aparece redactado el escrito de consulta, fácilmente se puede concluir con la dificultad de concretar la cuestión planteada. No obstante parece deducirse del escrito de consulta que se centra en resolver una discrepancia surgida entre el Interventor y el Oficial Mayor Letrado consistente en determinar si al adjudicatario del contrato de obras ha de retenérsele o devolver el importe del contrato de consultoría y asistencia para la dirección facultativa de las obras -tesis de la Intervención- o resulta improcedente tal retención o devolución de conformidad con el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de fecha 29 de octubre de 1998 y del criterio del Oficial Mayor Letrado.

2. Para resolver la cuestión planteada hay que partir de lo anómalo de la situación prevista en la cláusula 12 c) del pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a las obras de ejecución de un edificio destinado a estudio y clasificación de materiales arqueológicos por cuanto establece que ?en el supuesto de que la dirección técnica de las obras sea desarrollada por técnicos externos a esta Diputación de las certificaciones presentadas se retendrá el importe de los honorarios (IVA incluido) que deberán reflejar la bonificación del 20 por 100 por trabajos realizados a favor de la Administración según normativa específica de aplicación en materia de tarifas de honorarios profesionales?. Tal cláusula, al suponer que la financiación del contrato de dirección de obras la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, mediante las retenciones que se le practican y no la Diputación, debe considerarse nula por contradecir el requisito del artículo 11.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto la celebración de los contratos por las Administraciones Públicas requiere la existencia de crédito adecuado y suficiente si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.

Sin entrar en los posibles efectos de nulidad teniendo en cuenta el principio favorable a la producción de efectos de los contratos nulos que se plasma en el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y teniendo en cuenta, también, que los defectos del pliego han sido subsanados por la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998 dictando acuerdo de convalidación mediante suplemento de crédito por importe de 687.030 (precio al parecer del contrato de consultoría y asistencia para la dirección de obras) y disponiendo la improcedencia de retener al contratista de las obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección facultativa, lo cierto es que la anteriormente transcrita cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares no puede servir de base, por su irregularidad, a la tesis de la Intervención acerca de la procedencia de retención al adjudicatario de las cantidades correspondientes al importe de los honorarios de dirección de obras, lo que, además, supondría dejar sin efecto, como se pone de relieve por el Oficial Mayor Letrado, el citado acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de 29 de octubre de 1998, sobre convalidación e improcedencia de la retención, sin seguir ningún procedimiento al efecto.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que del escrito de consulta, único documento remitido, se desprende que no debe retenerse al adjudicatario del contrato de obras el importe de los honorarios correspondientes a la dirección de las obras, por basarse en la irregular cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de obras y que el acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de Burgos de 29 de octubre de 1998, en que así se establece, debe ser mantenido por su ajuste a la legalidad vigente.

Informe 43/99, de 12 de noviembre de 1999. "Posibilidad de celebrar un único contrato para la adquisición de suelo, elaboración de proyecto y ejecución de obra".

ANTECEDENTES.

1. Por el Director de la Oficina Española de Patentes y Marcas, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Industria y Energía, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito estructurado en tres apartados:

«1. ANTECEDENTES

La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), Organismo autónomo del Ministerio de Industria y Energía, viene padeciendo desde hace años una grave carencia de espacio en sus oficinas que, en el pasado, se pudo paliar parcialmente mediante el alquiler de dos inmuebles.

Estas necesidades han continuado incrementándose en paralelo al crecimiento de la actividad de la OEPM, mientras que la política inmobiliaria en la Administración General del Estado ya no permite el alquiler, sino que pretende reutilizar los locales existentes en su patrimonio.

Sin embargo, al no disponer la Dirección General del Patrimonio del Estado de oficinas con las características mínimas requeridas (12.000 m2 sobre rasante, 150 plazas de garaje, etc.) que se pudieran afectar a la OEPM para agrupar todas sus dependencias, se consideró que la única fórmula posible era la de la adquisición de un inmueble por el propio organismo.

Tras obtener la correspondiente consignación presupuestaria en la Ley de Presupuestos de 1999, se solicitó la autorización del Consejo de Ministros para la adquisición del edificio, formalizada mediante acuerdo del día 9 de abril de 1999.

Dicho acuerdo, que se adjunta en anexo aparte, faculta a la OEPM para la adquisición de un edificio con destino a su sede por importe máximo de 7.062.000.000 ptas. Mediante concurso público y en caso de declararse desierto, a través del correspondiente procedimiento negociado.

2. SITUACIÓN ACTUAL

En el Boletín Oficial del Estado del día 16 de abril de 1999 se convocó el concurso de adquisición del Edificio. La Mesa de Contratación de la OEPM en su reunión del día 3 de junio de 1999 estudió las dos ofertas presentadas, ninguna de las cuales cumplía los requisitos mínimos exigidos en los pliegos, por lo que ambas han resultado excluidas del concurso.

Por consiguiente, se ha procedido a la declaración del concurso como desierto y la continuación del proceso de adquisición mediante procedimiento negociado, que en estos momentos se está llevando a cabo.

Sin embargo, dadas las circunstancias actuales del mercado inmobiliario, en particular el de oficinas en Madrid, caracterizado por la ausencia de edificios para la venta con la tipología en cuanto a superficie e instalaciones requerida y por una demanda al alza

debida al reagrupamiento de las sedes de las grandes empresas, se duda que en un plazo razonable de tres meses pueda encontrarse el edificio deseado.

De acuerdo con los sondeos efectuados, la posibilidad que parece más factible para resolver la situación actual, incluso, la única posible en un mercado escaso y la demanda al alza, consistiría en la adquisición de un edificio mediante proyecto de construcción con entrega llave en mano, es decir, un edificio a medida de las necesidades de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

3. CONSULTAS A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Por todo lo anterior y para continuar las gestiones encaminadas a la resolución del problema, se desea realizar las siguientes consultas:

A) ¿Se podría adquirir a través de un único concurso o en caso de resultar desierto, por el procedimiento negociado, un edificio mediante proyecto de construcción con entrega llave en mano, es decir, acumulando la adquisición del suelo, del proyecto con su licencia de obra y actividades y la ejecución de la obra?.

B) En caso negativo, ¿se puede convocar un concurso para la adquisición del suelo y otro para el diseño y la ejecución del proyecto con sus correspondientes licencias incluidas?. En cualquiera de estas situaciones, ¿es necesario el concurso o se puede realizar mediante procedimiento negociado, al haber ya quedado desierta la adquisición del edificio mediante concurso?.

C) ¿Resulta necesaria de nuevo la autorización del Consejo de Ministros para proceder a las convocatorias descritas en los apartados A y B anteriores o es suficiente la autorización del 9 de abril de 1999?.»

2. Como se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo los siguientes documentos:
a) Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de abril de 1999 autorizando, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 13/1999, de 18 de mayo, al Organismo autónomo Oficina Española de Patentes y Marcas para la adquisición, por importe máximo de 7.062.000.000 de pesetas, de un edificio con destino a la sede del Organismo mediante concurso público y, en caso de declararse desierto, a través del correspondiente procedimiento negociado.
b) Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de cláusulas técnicas para la adjudicación por concurso, del contrato de compra por la Oficina Española de Patentes y Marcas de un edificio para sede de sus oficinas en Madrid.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Los extremos que el escrito de consulta centra como cuestiones concretas son el de si es posible adquirir a través de un único concurso, o, en su caso, por el procedimiento negociado un edificio acumulando la adquisición del suelo, del proyecto con su licencia de obra y de actividades y la ejecución de la obra y, en caso negativo, si se puede convocar un concurso para la adquisición del suelo y otro para el diseño y la ejecución del proyecto con sus correspondiente licencias o se puede realizar mediante procedimiento negociado al haber quedado desierta la adquisición del edificio mediante concurso. A estos extremos se añade el de si para estos contratos sería necesaria la autorización del Consejo de Ministros o es suficiente la de 9 de abril de 1999 para la adquisición del edificio.

2. Sobre las cuestiones planteadas esta Junta estima necesario hacer, en primer lugar, ciertas consideraciones sobre la convocatoria de adquisición de un edificio que ha quedado desierta, circunstancia que constituye el presupuesto de partida de las actuaciones posteriores que se pretende llevar a cabo.

La adquisición o compra de un edificio, de inmuebles en general, constituye un contrato privado de la Administración que se rige, a falta de normas específicas, por las normas patrimoniales de la Administración constituidas por la Ley de Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril y el Reglamento para la aplicación de la misma, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, y sólo supletoriamente, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo. Así se desprende inequívocamente de los artículos 5.3 y 9.1 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto vienen a establecer expresamente el carácter privado de los contratos de compraventa de bienes inmuebles y a afirmar que en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas se rigen por la propia Ley y disposiciones de desarrollo y no cabe, en este sentido, acudir a la norma del artículo 106 de la citada Ley de Patrimonio del Estado, por cuanto la adquisición de un edificio difícilmente puede tener encaje en la actividad industrial o comercial de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Normas específicas de la adquisición de bienes inmuebles son las contenidas en los artículos 54 a 57 de la Ley de Patrimonio del Estado y 97 a 109 de su Reglamento que, por lo que aquí interesa, establecen el acuerdo del Ministerio de Hacienda y expresamente el del Consejo de Ministros, aunque no por razón de la cuantía y el concurso público, a no ser que el Ministro de Hacienda autorice la adquisición directa cuando lo considera preciso por las peculiaridades de las necesidades a satisfacer o la urgencia de la adquisición a efectuar.

Prescindiendo de la autorización del Consejo de Ministros que, aunque no fuere estrictamente necesaria, se ha producido en fecha 9 de abril de 1999 y que, además, curiosamente se extiende a autorizar el procedimiento negociado cuando no se sabía si la convocatoria había de quedar desierta, los anteriores preceptos conducen a la conclusión de que resulta muy dudosa la aplicación supletoria del artículo 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que autoriza, en los contratos de obras, a utilizar el procedimiento negociado con publicidad en el caso de ofertas irregulares o inaceptables, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato y exceptúen de la publicidad el supuesto de que se incluyan en el procedimiento negociado a todos los licitadores admitidos a licitación en el anterior procedimiento abierto o restringido.

La dificultad de admitir la aplicación supletoria del artículo 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas radica en que existe un precepto específico -el artículo 55 de la Ley del Patrimonio del Estado- que aborda esta cuestión y que, con menos exigencias que el artículo 140.1.a), señala que el Ministro de Hacienda podrá prescindir del trámite del concurso para la adquisición de bienes inmuebles y autorizar la adquisición directa cuando lo considere preciso por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer o la urgencia de la adquisición a efectuar.

Por lo demás las consideraciones anteriores carecen de trascendencia práctica en el presente caso porque, como se indica en el escrito de consulta, se trataba de la adquisición de un edificio, posibilidad que ahora por diversas razones ha quedado descartada, por lo que resulta obligado examinar la posibilidad jurídica de los tres extremos consultados.

3. En cuanto al primer extremo consultado -si es posible convocar un concurso para la adquisición del suelo, del proyecto con su licencia de obra y de actividades y la ejecución de la obra- la contestación negativa se impone por la consideración fundamental de que se trata de la acumulación de un contrato privado -la adquisición del suelo- y típicos contratos administrativos -la elaboración de proyectos y ejecución de obras- sometidos a regímenes jurídicos distintos que imposibilitan la aplicación de un único régimen jurídico y la plasmación en los pliegos, como definidores de los derechos privados y obligaciones de las partes, de criterios de derecho privado y de derecho administrativo para un solo contrato.

No se alcanza a comprender la alusión a licencias de obras y de actividades, pues tales licencias habrán de ser obtenidas con sujeción a los preceptos del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los pactos que lícitamente puedan establecerse en cuanto al pago de tasas por la obtención de dichas licencias.

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

En cuanto a la alusión a las licencias, debemos remitirnos a lo expuesto en el apartado anterior en cuanto a su obtención y los pactos sobre el pago de tasas.

5. La última cuestión que se suscita por los propios términos en que se plantea -si es necesaria la autorización del Consejo de Ministros para los supuestos anteriores- exige una respuesta afirmativa, siempre que se den los presupuestos base de dicha autorización si se tiene en cuenta que el Consejo de Ministros en 9 de abril de 1999 autorizó la adquisición de un edificio por un importe máximo y que ahora, por lo razonado se trata de un nuevo contrato, de naturaleza distinta y de importe necesariamente distinto del anterior, de concurso para la elaboración de proyecto y ejecución de obra, por lo que no es posible entender que la autorización del Consejo de Ministros de 9 de abril de 1999 producida en términos tan concretos, se extienda al nuevo contrato que se pretende celebrar.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que no es posible la celebración de un contrato que tenga por objeto la adquisición del suelo, la elaboración de proyecto y ejecución de obra, por la dificultad de unificar el régimen jurídico de un contrato privado y de un contrato administrativo típico, aunque este último deba configurarse como contrato mixto.

2. Que por el contrario es factible jurídicamente la celebración de un contrato para la adquisición de suelo como contrato patrimonial con su peculiar régimen jurídico y, por

otro lado, la celebración de un contrato mixto de elaboración de proyecto y ejecución de obra, previsto en el artículo 86.a) y en el artículo 122 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se rige íntegramente por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que hay razones para entender que la autorización de 9 de abril de 1999 del Consejo de Ministros para la adquisición de un edificio no puede extenderse a un contrato nuevo de naturaleza y características distintas como es el que se pretende celebrar de elaboración de proyecto y ejecución de obra.

Informe 45/99, de 12 de noviembre de 1999. "Consideración acerca del carácter de norma básica del artículo 119 del Reglamento General de Contratación del Estado".

ANTECEDENTES.

Por el Diputado General de Guipúzcoa se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El artículo 94.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que en los contratos sujetos a publicidad obligatoria en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" deberá enviarse al citado "Diario Oficial" y al "Boletín Oficial del Estado", un anuncio en el que se dé cuenta del resultado de la licitación, sin que en estos supuestos exista la posibilidad de sustituir la publicidad en el "Boletín Oficial del Estado" por la que Comunidades Autónomas y entidades locales puedan realizar en sus respectivos Diarios o Boletines Oficiales. Este artículo, conforme a la Disposición final primera de la citada Ley, tiene carácter de legislación básica.

Por otra parte el artículo 119 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, establece en su párrafo final que la publicación de la adjudicación del contrato en el "Boletín Oficial del Estado" tiene la consideración de anuncio oficial y su inserción será obligatoria y gratuita.

Habiéndose planteado dudas sobre la aplicación de este artículo a las Corporaciones Locales, quisiéramos conocer si el mencionado artículo 119 tiene carácter de "básico" y, en su caso, su aplicación a la Diputación Foral de Gipuzkoa.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El escueto escrito en el que se formula la consulta centra ésta en la determinación del carácter básico o no básico del artículo 119 del Reglamento General de Contratación del Estado, lo que obliga a examinar las cuestiones relativas a su vigencia, al carácter de la norma que contiene y, caso de que se sostenga su carácter básico, el alcance concreto de tal carácter.

2. La vigencia del artículo 119 del Reglamento General de Contratación del Estado en cuanto a su último párrafo que establece que "la publicación de la adjudicación del contrato en el Boletín Oficial del Estado a que se refiere el presente artículo, tiene la consideración de anuncio oficial y su inserción será obligatoria y gratuita" debe ser mantenida conforme a lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al constituir desarrollo reglamentario del artículo 94 de la misma que no contradice su contenido, pues el primero regula la publicidad de adjudicaciones de contratos en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en el Boletín Oficial del Estado y en los Diarios y Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y el párrafo transcrito del precepto reglamentario se limita a precisar el carácter del anuncio de la adjudicación en el Boletín Oficial del Estado.

Criterio contrario, es decir, la derogación, debe mantenerse en cuanto a los tres primeros párrafos del artículo 119 en cuanto los dos primeros son transcripción del artículo 38 de la Ley de Contratos del Estado y, por tanto, derogados expresamente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el tercero en cuanto preceptúa la notificación sólo al adjudicatario y la publicación respecto a los restantes licitadores, contradice -y debe considerarse tácitamente derogado- el artículo 94.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que preceptúa la notificación a todos los participantes en la licitación.

3. La disposición final tercera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que "las normas que, en desarrollo de esta Ley promulgue la Administración General del Estado podrán tener carácter de básicas cuando constituyan el complemento necesario de dicho carácter respecto de los artículos que lo tienen atribuido conforme a la disposición final primera y así se señale en la propia norma de desarrollo".

Aunque el precepto se refiere a normas de desarrollo promulgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es evidente que el criterio que establece pueda ser aplicado a normas reglamentarias anteriores como son las del Reglamento General de Contratación del Estado, pues, caso contrario, se produciría el contrasentido de que, con independencia de su contenido intrínseco, las normas reglamentarias anteriores a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas nunca podrían tener carácter de básicas por no cumplir los requisitos de la disposición final tercera entre ellas, que la propia norma de desarrollo, en este caso el Reglamento General de Contratación del Estado señale cuales preceptos son básicos y no básicos.

Prescindiendo, por tanto, del requisito formal de la disposición adicional tercera de la Ley y atendiendo estrictamente a su contenido hay que afirmar que el último párrafo del artículo 119 del Reglamento General de Contratación del Estado tiene carácter de norma básica por tenerlo el artículo 94 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que desarrolla y que no figura en la relación de preceptos no básicos de la disposición final primera de la propia Ley.

4. Por último hay que manifestar que el carácter básico del último párrafo del artículo 119 se produce en cuanto a los propios términos en que está redactado, sin que en esta materia quepan interpretaciones extensivas o analógicas y, por tanto, tendrá carácter de norma básica la relativa al carácter oficial de los anuncios de adjudicación en el Boletín Oficial del Estado, pero sin que tal consideración, por no referirse a ellos el precepto reglamentario, pueda extenderse a los anuncios en Diarios o Boletines Oficiales distintos, respecto de los que, al no existir norma específica que imponga su carácter oficial y gratuidad, dejan en libertad a las Comunidades Autónomas para establecer el precepto que consideren conveniente en esta materia.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el último párrafo del artículo 119 del Reglamento General de Contratación del Estado, que es el único del precepto que debe considerarse vigente, debe considerarse básico en relación con los términos en que está redactado, es decir, en relación con la publicidad de adjudicaciones en el Boletín Oficial del Estado.

Informe 48/99, de 21 de diciembre de 1999. "Aplicación de la experiencia de las sociedades relativas a la ejecución de actividades en supuestos de fusión, escisión o aportación de rama de actividad que consta en certificados de referencias que figuran expedidos a nombre de las sociedades que se fusionan, escinden o aportan a otra sociedad una rama de su actuación deben entenderse propias de las entidades resultantes de la fusión, o de la escisión, o a la que se ha aportado la rama de actividad correspondiente, al servir para clasificar a dichas entidades y pueden ser presentadas en la licitación como propias aunque figuren expedidas a nombre de la entidad de donde derivan".

ANTECEDENTES.

El Presidente de la organización empresarial "Confederación Nacional de la Construcción" dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con el siguiente texto referido a la solicitud de informe de la misma sobre la cuestión que plantea:

"Que por medio del presente escrito y al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formula la siguiente consulta en relación con la aportación por las empresas de experiencias de obras anteriormente realizadas en los casos de fusiones de empresas o de cesiones de ramas de actividad.

Con fecha 27 de febrero de 1992 mediante informe número 7/92 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se pronunció al respecto de las cuestiones planteadas por esta Confederación Nacional de la Construcción, en relación con la clasificación de contratistas en supuesto de escisión sin extinción, con constitución de nueva sociedad, o absorción de la parte escindida por otra Sociedad ya clasificada y respecto a la clasificación de las Agrupaciones de Interés Económico.

Por otra parte, en los tres supuestos indicados, la clasificación se basa en el principio de la individualización de la clasificación, teniendo en cuenta los elementos personales, materiales y de experiencia, como se indicaba en el informe 7/92; experiencia que, unida a las personas y medios que se traspasan, aparece materializada en las respectivas referencias de buena ejecución de contratos anteriores.

Lógicamente las referencias figuran a nombre de las Entidades que se fusionan, escinden, o aportan la rama de actividad, lo cual suscita entre nuestros asociados consultas al respecto de su utilización en licitaciones en que se piden referencias, y se tienen las que figuran expedidas a nombre de la sociedad que se fusiona, se escinde o aporta la rama de actividad en cuestión.

Por todo lo expuesto, interesa a esta Confederación conocer el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la siguiente cuestión:

Si en supuestos de fusión, escisión o aportación de rama de actividad las referencias de buena ejecución de contratos anteriores que figuren expedidas a nombre de las Sociedades que se fusionan, escinden o aportan a otra Sociedad una rama de su actuación deben entenderse propias de las Entidades resultantes de la fusión, o de la escisión, o a la que se ha aportado la rama de actividad correspondiente, al servir para clasificar a dichas Entidades y pueden ser presentadas en la licitación como propias aunque figuren expedidas a nombre de la Entidad de donde derivan".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión planteada en su escrito por el Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción se limita a la consideración, en la licitación de contratos por las Mesas de contratación, de la valoración de la experiencia resultante de la ejecución de obras realizadas anteriormente por sociedades que se fusionan, se escinden o aportan a otra sociedad una rama de actividad correspondiente con tal obra ejecutada, cuando tal valoración ya ha sido aplicada para determinar la clasificación de esta última empresa.

2. Con carácter previo deben fijarse dos aspectos de singular importancia respecto de la conclusión que se obtendrá. El primero, que la valoración de la experiencia de ejecución de contratos o actividades, no debe entenderse circunscrita a los contratos de obras, como parece deducirse de la consulta por su directa relación entre la organización empresarial que la formula y tal tipo de contratos, sino a todos los contratos regulados en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, toda vez que la exigencia de acreditación de la experiencia se regula en la misma manera en los artículos 17, 18 y 19 respecto de los medios para la acreditación de la solvencia técnica en los contratos de obras, en los contratos de suministro y en los restantes contratos, es decir, en los contratos de gestión de servicios públicos, en los de consultoría y asistencia, en los de servicios, en los de trabajos específicos y concretos no habituales y en los administrativos especiales, respectivamente, siempre contrastados con la declaración de ejecución de actividades o volumen de negocio a que hace referencia, respecto de la acreditación de la solvencia económica y financiera en todos los contratos, la letra c) del artículo 16. El segundo, que la exigencia de referencias respecto de la ejecución de actividades relacionadas con los contratos de obras y de servicios en los que por razón de su importe sea exigible el requisito de clasificación previa de la empresa en los términos establecidos por los artículos 25.1 y 80.2, no es posible toda vez que, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.1, la clasificación de la empresa sustituye a la acreditación por ésta de la solvencia, siempre que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.1, letra a), en el procedimiento restringido no se fijen los criterios objetivos en función de los cuales el órgano de contratación invitará a las empresas a participar en el proceso de adjudicación.

3. El Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 233.1, clases y efectos de la fusión, determina que la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas. Las normas relativas a la fusión de sociedades son de aplicación a los supuestos de escisión de conformidad con lo establecido en el artículo 254, régimen de la escisión, de la misma Ley, normas, que de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, son de aplicación a éstas. En tal sentido, si como consecuencia de la fusión o de la escisión de una sociedad se transmiten en bloque los patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas, es evidente que de la misma forma

debe serles reconocidas como propia la experiencia resultante de la ejecución de actividades relacionadas con los contratos respecto de los que se exige la misma a la nueva sociedad. A la misma conclusión ha de llegarse en los supuestos de aportación de rama de actividad toda vez que la misma, como aportación no dineraria, reguladas en el artículo 39 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133.1 del Reglamento de Registro Mercantil, cuando se trate de una aportación de empresa se describirán en la escritura los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación.

Tal criterio de reconocimiento de la experiencia en los supuestos de fusión, escisión y aportación de rama de actividad o de empresa es habitualmente aplicado por las Comisiones de Clasificación de Contratistas de Obras y de Empresas Consultoras y de Servicios en la clasificación de empresas por lo que debe ser aplicado, en la misma forma, por las Mesas de contratación en la valoración de los medios determinantes de la solvencia técnica de las empresas que optan a la adjudicación del contrato.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. En los supuestos de acreditación de la solvencia técnica por sociedades resultantes de la fusión o escisión de sociedades la experiencia de estas últimas referida exclusivamente a la ejecución de actividades relacionadas con el objeto del contrato debe ser reconocida, en los términos establecidos en los artículos 17, letra b), 18, letra a), y 19, letra b), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a las citadas sociedades.

2. En la misma forma, en los supuestos de aportación de rama de actividad o de empresa deberá ser reconocida la experiencia correspondiente exclusivamente a la actividad transferida ejecutada por las sociedades que aportan tal rama de actividad o empresa a la sociedad receptora de la misma.

Informe 50/99, de 21 de diciembre de 1999. "Incompatibilidad de concejales para concurrir a la adjudicación de contratos cuyo objeto es el transporte escolar celebrados por el Ministerio de Educación y Cultura".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Lerma (Burgos) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"A través de la presente se solicita que por la Junta Consultiva de Contratación, se emita informe, en el plazo más breve posible, sobre el siguiente extremo:

Sentido que ha de darse a la expresión "incompatible con cualquier otra atribución", del art. 75.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en el Régimen de dedicación exclusiva parcial de miembros de la Corporación, concreta, si esta dedicación exclusiva genera incompatibilidades con la percepción de una contraprestación económica del Ministerio de Educación y Ciencia derivado de un contrato de transporte."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión planteada, y para precisar ésta, resulta necesario partir de la consideración de que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es, según el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa, limitación por razón de la materia que igualmente rige cuando los titulares de Consejerías de Comunidades Autónomas y Presidentes de Entidades locales solicitan informe a la Junta Consultiva, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del citado Real Decreto 30/1991, de 18 de enero.

Resulta evidente, por tanto, que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa carece de competencia específica para interpretar el alcance de la expresión "incompatible con cualquier otra atribución" que utiliza el artículo 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de Régimen Local y debe limitarse, por su específica y concreta competencia, a informar sobre la causa de prohibición de contratar por incompatibilidad de los concejales prevista en el artículo 20 apartado e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El tema de la incompatibilidad de concejales que se traduce en prohibición de contratar es uno de los que con mas frecuencia se viene suscitando ante esta Junta Consultiva que, en informes de 10 de septiembre de 1997 (expediente 32/97) con cita de los informes de 16 de febrero y 8 de junio de 1994 (expedientes 3/94 y 4/94) en relación con la anterior legislación de contratos del Estado, y de los informes de 18 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 (expedientes 60/96 y 6/97) en relación con la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y, además, en los informes más recientes de 11 de junio y 16 de diciembre de 1998 (expedientes 15/98 y 37/98) y de 17 de marzo de 1999 (expediente 5/99), ha venido sosteniendo que la norma de la que hay que partir, en este extremo, es la del apartado e) del artículo 20

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, dentro de ella, para los concejales, del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, considerando este último incompatible con la condición de concejal a los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación Municipal, de establecimientos de ella dependientes, sin que resulte de aplicación, por su derogación expresa por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

En el presente caso al tratarse de un contrato de transporte escolar del Ministerio de Educación y Cultura (Educación y Ciencia se dice en el escrito de consulta) no existe incompatibilidad para los concejales del Ayuntamiento de Lerma, a no ser que, dato que se ignora, el contrato estuviera también financiado por el Ayuntamiento, supuesto en que, precisamente por esta circunstancia, habría de sostenerse la solución contraria.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, sin extenderse a aspectos de incompatibilidades ajenas a la contratación administrativa, que caen fuera de su específica competencia, la incompatibilidad de concejales que determina prohibición de contratar ha de ser resuelta de conformidad con el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 18 de junio, y sostener la compatibilidad cuando, como parece sucede en el presente caso, la financiación total o parcial del contrato no corre a cargo del Ayuntamiento o de establecimiento dependiente del mismo.

Informe 52/99, de 21 de diciembre de 1999. "Compatibilidad de un concejal para contratar con el Ayuntamiento el alquiler de un inmueble de propiedad municipal para ejercer dicho concejal una actividad privada".

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Torrejón de la Calzada (Madrid) como consecuencia de Acuerdo del Pleno de 9 de agosto de 1999, se solicita informe jurídico de esta Junta sobre la siguiente cuestión:

"La posibilidad de que un Concejal electo de este Ayuntamiento pueda contratar con este Ayuntamiento el alquiler de un inmueble de propiedad municipal para ejercer aquél, una actividad privada, y se concrete la existencia de posible incompatibilidad".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente, redactada en términos tan concretos, obliga a examinar para su resolución, el tema de las incompatibilidades como causa de prohibición de contratar de los concejales de Ayuntamientos y, a continuación, su aplicación a un contrato de la naturaleza del citado en el escrito de consulta que es el arrendamiento o alquiler de un inmueble de propiedad municipal para ejercer el Concejal arrendatario una actividad privada.

2. El tema de la incompatibilidad de concejales que se traduce en prohibición de contratar es uno de los que con más frecuencia se viene suscitando ante esta Junta Consultiva que, en informes de 10 de septiembre de 1997 (expediente 32/97), con cita de los informes de 16 de febrero y 8 de junio de 1994 (expedientes 3/94 y 4/94), en relación con la anterior legislación de contratos del Estado, y de los informes de 18 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 (expedientes 60/96 y 6/97), en relación con la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y, además, los informes más recientes de 11 de junio y 16 de diciembre de 1998 (expediente 15/98 y 37/98), y de 17 de marzo de 1999 (expediente 5/99) ha venido sosteniendo que la norma de la que hay que partir, en este extremo, es la del apartado e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, dentro de ella, para los concejales, del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General, considerando este último incompatible con la condición de concejal a los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, sin que resulte de aplicación, por su derogación expresa por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

3. El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, como el del supuesto consultado en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como arrendatario un concejal, es un contrato patrimonial, según refleja concretamente el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su régimen jurídico según el artículo 9.1 de la misma Ley es el contenido en la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso, en este supuesto la de las Entidades Locales, constituidas por el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de

abril y por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, cuyos artículos 83 y 92, respectivamente, remiten, en materia de bienes patrimoniales y su preparación y adjudicación de los contratos respectivos, a las normas sobre contratación.

Por este doble juego de remisiones resulta que el artículo 20 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es aplicable a los contratos patrimoniales sobre bienes inmuebles y así lo ha declarado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus citados informes de 8 de junio de 1994, con referencia a la entonces vigente Ley de Contratos del Estado y en el de 17 de marzo de 1999, con referencia a la ya vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque con idénticos argumentos por "no haberse alterado sustancialmente el contenido de las normas aplicables" se dice en el último informe citado.

4. Expuesto lo anterior, únicamente queda por resolver si el contrato de arrendamiento de un bien inmueble de propiedad municipal, en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un concejal tiene encaje en el artículo 178 de la Ley Electoral General y, por tanto en el artículo 20 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, imponiéndose la contestación negativa si se tiene en cuenta que en este caso concreto el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente, sino que es el concejal, mediante el cumplimiento de su obligación de pago de la renta, el que está, en cierto modo, financiando al Ayuntamiento desapareciendo un elemento básico de la incompatibilidad cual es el de que los concejales, vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no existe incompatibilidad y, por tanto prohibición de contratar para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad municipal en los que figure como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un concejal.

Informe 56/99, de 21 de diciembre de 1999. "Consulta sobre la aplicación del artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a efectos de apreciar como varias proposiciones presentadas por un licitador las presentadas por distintas sociedades con el mismo objeto social e identidad en los órganos de administración".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente del Consejo Comarcal del Vallés Oriental se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

"El Consell Comarcal del Vallès Oriental, en sesión de Pleno de 25 de mayo de 199, acordó la licitación del servicio de transporte escolar colectivo. A dicha licitación concurrieron, entre otras, las sociedades Empresa Sagalés, S.A., Ferrocarriles y Transportes, S.A. y Asistencia y Servicios, S.L., pertenecientes las tres al denominado Grupo Sagalés.

El objeto social de las mismas es el transporte urbano, interurbano, discrecional y regular de viajeros por carretera, de ámbito local, provincial, regional, autonómico, nacional y internacional.

La Junta General de Asistencia y Servicios, S.L., en sesión de 23.12.98 nombró miembros del Consejo de Administración a Don Francisco Sagalés Sala, a Doña María Teresa Sagalés Sala y a Doña Mará Josefa Sagalés Sala. De la elevación a públicos, mediante escritura autorizada el 23.12.98 por el notario Don Enrique Criado Fernández, núm. 3910 de su protocolo, de los acuerdos de dicha Junta General así como de los acuerdos del Consejo de Administración, resulta la siguiente distribución de cargos: Presidente: Don Francisco Sagalés Sala; Secretaria: Doña María Teresa Sagalés Sala y Vocal: Doña María Josefa Sagalés Sala. Al mismo tiempo fueron nombrados Consejeros Delegados Don Francisco Sagalés Sala y Doña María Josefa Sagalés Sala.

La Junta General de Ferrocarriles y Transportes, S.L., en sesión de 23.12.98 nombró miembros del Consejo de Administración a Don Francisco Sagalés Sala, a Doña María Rosa Sagalés Sala y a Doña María Josefa Sagalés Sala. De la elevación a públicos, mediante escritura autorizada el 23.12.98 por el notario Don enrique Criado Fernández, núm. 3903 de su protocolo, de los acuerdos de dicha Junta General así como de los acuerdos del Consejo de Administración, resulta la siguiente distribución de cargos: Presidente: Don Francisco Sagalés Sala; Secretaria: Doña María Rosa Sagalés Sala y Vocal: Doña María Josefa Sagalés Sala. Al mismo tiempo fueron nombrados Consejeros Delegados Don Francisco Sagalés Sala y Doña María Rosa Sagalés Sala.

La Junta General de Empresa Sagalés, S.A. en sesión de 23.12.98 nombró miembros del Consejo de Administración a Don Francisco Sagalés Sala, a Doña María Teresa Sagalés Sala y a Doña María Josefa Sagalés Sala. De la elevación a públicos, mediante escritura autorizada el 23.12.98 por el notario Don Enrique Criado Fernández, núm. 3902 de su protocolo, de los acuerdos de dicha Junta General así como de los acuerdos del Consejo de Administración, resulta la siguiente distribución de cargos: Presidente: Don Francisco Sagalés Sala; Secretaria: Doña María Teresa Sagalés Sala y Vocal: Doña María Josefa Sagalés Sala. Al mismo tiempo fueron

nombrados Consejeros Delegados Don Francisco Sagalés Sala y Doña María Josefa Sagalés Sala.

El artículo 81 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con las proposiciones simultáneas, establece que: en las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de aquellos casos en los que el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso admita la representación de soluciones variantes o alternativas a la definida en el proyecto objeto de la licitación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 de la presente Ley. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en mas de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

Empresa Sagalés, S.A., Ferrocarriles y Transportes, S.A. y Asistencia y Servicios, S.L. presentaron proposiciones de adjudicación de manera simultánea a la misma ruta, sin que en el pliego de cláusulas administrativas particulares fuera admitida la presentación e variantes.

A pesar de hallarnos ante personas jurídicas distintas se da en ellas una identidad de objeto social y de representación orgánica.

Solicitamos a esa Junta que emita informe en orden a si sería aplicable al caso la doctrina del "levantamiento del velo" y si, de resultar afirmativo, se incurriría en el supuesto del artículo 81 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, con las consecuencias previstas "in fine" en el mismo precepto."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si, a efectos del artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la licitación del servicio de transporte escolar colectivo, debe considerarse que las proposiciones presentadas por "Empresa Sagalés, S.A.", "Ferrocarriles y Transportes, S.A." y "Asistencia y Servicios, S.L." pertenecientes las tres al denominado "Grupo Sagalés" deben considerarse proposiciones simultáneas, presentadas por un mismo licitador, dado -se dice- la identidad de objeto social y de representación orgánica de las tres sociedades.

2. El artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas bajo el título de proposiciones simultáneas establece que, "en las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de aquellos casos en los que en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso se admita la presentación de soluciones variantes o alternativas a la definida en el proyecto objeto de la licitación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 de la presente Ley ..... La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas".

Al tratarse, en el presente caso, de tres sociedades mercantiles constituidas en escritura pública e inscritas en el Registro Mercantil es evidente que cada una goza de personalidad jurídica independiente de las demás e independiente de la de sus propios socios, por lo que debe afirmarse que, en principio, el supuesto no está comprendido en el de un solo licitador que formula distintas propuestas a que se refiere el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

debiendo, por tanto, quedar reconducida la cuestión planteada a determinar si la solución apuntada sobre la base del dato de la personalidad puede quedar desvirtuada por las circunstancias consignadas en el escrito de consulta.

3. De los datos que figuran en el escrito de consulta sobre las tres empresas licitadoras y que hacen referencia a la identidad casi total de las personas de los administradores y también a la identidad de objeto social no puede deducirse que estas circunstancias sean suficientes para alterar el dato de la personalidad jurídica que convierte a cada empresa en licitador independiente.

En cuanto al dato de los administradores hay que señalar que la circunstancia reseñada ni siquiera permite hablar de sociedades del mismo grupo en el sentido con que e recoge este concepto en el artículo 48.1 del Código de Comercio, pues para poder hablar de sociedades del mismo grupo resulta necesario la participación unas sociedades en el accionariado de otras, dato que, desde luego, no figura en el escrito de consulta ni se puede, por tanto presumir. Por otra parte hay que indicar que las sociedades de un mismo grupo pueden presentar proposiciones independientes como lo confirma la nueva redacción del artículo 87.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el proyecto de Ley de modificación de la misma, pendiente de publicación en el Boletín Oficial del Estado y que, no como norma jurídica vigente, sino como elemento interpretativo de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite afirmar que las proposiciones presentadas por sociedades de un mismo grupo no pueden ser rechazadas de conformidad con el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien pueden ser tomadas en consideración, en la forma que reglamentariamente se determine, a efectos del cálculo de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos.

Por lo que respecta a la identidad de objeto social, constituyendo este último el elemento determinante de la capacidad de obrar de las personas jurídicas en relación con el contrato de que se trate, difícilmente puede admitirse que sea causa de considerar la existencia de una sola proposición, pues la identidad sustancial del objeto social ha de darse, no sólo en las empresas o sociedades de un mismo grupo sino en todas las que concurren a la licitación.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el dato de la distinta personalidad jurídica de las sociedades que licitan para el contrato de transporte escolar colectivo, convocado por el consejero Comarcal del Vallés Oriental excluye el efecto previsto en el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el supuesto de que un solo licitador presente varias proposiciones, sin que tal conclusión pueda quedar desvirtuada pro las circunstancias de identidad de objeto social y de representación orgánica consignadas en el escrito de consulta.

Informe 42/99, de 12 de noviembre de 1999. "Consulta sobre convenios de colaboración a suscribir entre un Ayuntamiento, por una parte, y una sociedad anónima municipal y un Consorcio, por otra".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde del Ayuntamiento de San Adrián de Besos (Barcelona) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

«Para poder dar solución a cuestiones planteadas en esta corporación sobre la interpretación de diversos temas contractuales, solicitamos de esa Junta Consultiva se emita informe sobre las siguientes dos cuestiones:

1º. Un Ayuntamiento crea mediante gestión directa, art. 85.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, una sociedad anónima de capital íntegramente municipal, cuyo objeto social es la realización de todo tipo de proyectos técnicos de obras, edificaciones e infraestructuras y sistemas urbanos municipales, así como la dirección técnica de los mismos.

Se solicita informe acerca de si pueden los entes públicos que a continuación se relacionan suscribir directamente y para cada situación que lo precisen y estimen conveniente, convenios de colaboración con esta sociedad municipal descrita en el párrafo anterior y por los cuales esta asume, a cambio de una compensación económica de dichos entes, el realizarles proyectos técnicos y concretos y la dirección de los mismos a que se refiere su objeto social. Los entes públicos serían:

a) ¿El propio Ayuntamiento que ha creado la sociedad y del que depende?
b) ¿Un organismo autónomo administrativo o comercial municipal dependiente del Ayuntamiento que ha creado la sociedad?
c) ¿Un consorcio de municipios con carácter de entidad local y del que forma parte el Ayuntamiento que ha creado la sociedad municipal?
d) ¿Otro Ayuntamiento limítrofe?

2º. El artículo 25.2.1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, establece como competencia propia de los municipios la de "Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales". El artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, indica que "la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes. La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque si de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén"

De acuerdo con lo que antecede, se formulan las siguientes cuestiones:

a) ¿Un Ayuntamiento que viene realizando la prestación del servicio de alcantarillado mediante un contrato administrativo de prestación de servicios adjudicado a una empresa privada, puede al finalizar el plazo de este contrato suscribir un convenio con un Consorcio de municipios del que forma parte y en el que se conviene que se encarga al Consorcio, a cambio de una compensación económica, la gestión del servicio municipal de la red de alcantarillado, quien a su vez gestionará el servicio

citado en la forma de gestión indirecta mediante una sociedad mercantil de economía mixta creada por el propio Consorcio para tal fin?. El Consorcio citado tiene naturaleza de ente público local.

b) ¿No debería, en el supuesto planteado en la letra anterior, suscribirse el convenio directamente entre el Ayuntamiento y la empresa mixta, si bien este tipo de convenios con la empresa mixta pudiera no estar permitido por el artículo 3.1.d) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas?.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Concretamente se plantea en el presente expediente la cuestión de si determinados entes públicos pueden celebrar convenios de colaboración con una sociedad anónima de capital íntegramente municipal para la realización de proyectos técnicos y la dirección de los mismos y la de si la prestación del servicio de alcantarillado que viene realizándose mediante contrato adjudicado a una empresa privada puede ser encomendado, por vía de convenio, a un Consorcio de Municipios del que forma parte el Ayuntamiento consultante, gestionando a su vez el Consorcio el servicio citado en la forma de gestión indirecta mediante una sociedad mercantil de economía mixta creada por el Consorcio para tal fin.

2. Para resolver las cuestiones suscitadas es preciso remitirse, con carácter previo, a los criterios mantenidos por esta Junta con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informes de 4 de abril de 1989, 15 de abril de 1993, 18 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 - Expedientes 6/89, 3/93, 68/96 y 12/97) en cuanto a la diferenciación entre los convenios a que se refiere el artículo 3.1.c) y aquéllos a que se refiere el artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en este punto, reproduce, en esencia el contenido del artículo 4, apartados 2 y 7 de la Ley de Contratos del Estado.

Los convenios recogidos actualmente en el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas constituyen el modo normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad contractual al régimen de dicha Ley, ya que al no poder precisarse cual de las partes actúa como órgano de contratación y cual como contratista, unido a la dificultad de aplicar a la Administración, organismo o ente que haya de considerase que actúa como contratista preceptos concretos de la Ley (solvencia, clasificación, garantías, etc....) resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no por la vía del contrato. Así resulta de los propios términos literales del artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, sin restricción alguna, considera excluidos de su aplicación a ?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 ellas entre sí?.

Presupuesto distinto es el del apartado d) del artículo 3.1 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pues ya no se trata de Administraciones, Organismos y Entes a los que no resultan aplicables, como contratistas, los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues una de las partes de la relación está constituida por empresas privadas o por Entes o empresas públicas sujetos al Derecho privado y que como tales pueden cumplir todos los requisitos que la Ley exige a los contratistas, sin que pueda cuestionarse que los Entes públicos y

empresas públicas están comprendidos en la expresión ?personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?, por ser esta sujeción la razón de que no se les considere aplicable el apartado c) sino el apartado d) del citado artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Pues bien, el apartado d) en contraposición con el apartado c) del artículo 3.1 contiene un requisito del mayor interés, en cuanto que admite los convenios de colaboración excluidos de la Ley con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que -añade- ?su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales?. La razón de esta limitación ha de situarse en la idea que venimos reseñando consistente en que el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración ?huyan? de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo.

3. Las consideraciones anteriores permiten resolver sin dificultad las dos cuestiones suscitadas.

En cuanto a la primera al tratarse de órganos sujetos al derecho administrativo y a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ayuntamiento, Organismo autónomo, Consorcio y Ayuntamiento limítrofe) no pueden celebrar un convenio con una sociedad anónima, aunque sea de capital íntegro municipal, por la razón decisiva de que el objeto del convenio (realización de proyectos técnicos y la dirección de los mismos) constituye objeto típico de los contratos de consultoría y asistencia incluidos en el Título IV, del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la segunda cuestión, aunque no se alcance a comprender las alusiones a la irrenunciabilidad de la competencia, dado que se trata de la gestión del servicio público municipal de alcantarillado que, por vía contractual, ya se ha encomendado a una empresa privada, la vía del convenio de colaboración sería admisible siempre que éste se celebrase entre el Ayuntamiento y el Consorcio, pero la aparición de una sociedad mercantil de economía mixta creada por el Consorcio para la explotación del servicio público del alcantarillado obliga a descartar tal solución, porque a la relación Consorcio-sociedad mercantil le resulta de aplicación lo razonado anteriormente al tener por objeto el contrato la gestión de un servicio público, como tal, contemplado en el Título II del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. Esta Junta ha de señalar, por último, que fórmulas como las apuntadas en el escrito de consulta, aparte de estar en contradicción con la letra y el espíritu de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pueden suponer, además, infracción de las Directivas comunitarias al sustraerse a la libre concurrencia entre empresarios comunitarios (españoles y no españoles) contratos que con arreglo a la normativa comunitaria y española han de adjudicarse bajo los principios y preceptos relativos a la publicidad y libre concurrencia que, con las fórmulas reseñadas, se trata de eludir.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1, apartados c) y d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta admisible un convenio entre el Ayuntamiento y una sociedad anónima de capital íntegramente local, porque esta última no puede considerarse incluida en el apartado c) y tampoco en el d), dado que el objeto del convenio (realización de proyectos técnicos y dirección de los mismos)

constituye el objeto de los contratos de consultoría y asistencia regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que idéntica solución debe ser mantenida en relación con el convenio a celebrar entre el Consorcio y la sociedad mercantil creada por el mismo para la explotación del servicio público municipal de alcantarillado.

3. Que con arreglo a los mismos preceptos debe considerarse factible el convenio entre el Ayuntamiento y el Consorcio, siempre que este último lleve a cabo la explotación del indicado servicio público.