

## EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Luciano PAREJO ALFONSO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La contratación pública: concepto y límites.* III. *El régimen jurídico de la contratación pública.* IV. *Las reglas generales aplicables a todos los contratos de las administraciones públicas.*

### I. INTRODUCCIÓN

La administración pública no cumple sus fines propios exclusivamente mediante su propia actividad, sino recurriendo también en diversas formas a la de los sujetos ordinarios del derecho. En particular contrata con estos sujetos, bien para obtener medios materiales o servicios, con los que desarrollar su propia actividad (obras, compras, suministros, asistencia técnica), o bien para desarrollar servicios públicos (gestión de éstos, concesiones de obras), pero también para asociar sujetos privados a la actividad propia (conciertos) o como resultado de la regulación y programación de actividades (convenios). Desde este punto de vista la contratación cumple una función decisiva en la satisfacción del interés general, incorporando a ésta un mecanismo convencional intersubjetivo que posibilita la integración de los particulares en las tareas dirigidas a la referida satisfacción. Desde el punto de vista de la dogmática de la actividad administrativa, representa una alternativa, al menos en determinados ámbitos, a la actividad unilateral; alternativa, que comporta la vinculación de la administración al acuerdo alcanzado con el contratista-colaborador.

En el contexto de mundialización de la economía y de pérdida de estanqueidad de los Estados, sus ordenamientos y las economías nacionales, la contratación de la administración pública viene experimentando —de for-

ma paralela a la contratación en general— una creciente internacionalización de su régimen jurídico, que se añade a la europeización de éste.

El recurso de la administración a la contratación plantea, desde un punto de vista incluso práctico o real, las siguientes cuestiones:

I) *En primer término*, la de su razón de ser, siendo así que, al menos en principio, la administración podría cubrir las necesidades correspondientes mediante su propia actividad directa unilateral.

Para el cumplimiento adecuado de sus funciones la administración pública siempre ha requerido la colaboración de los sujetos ordinarios, incluso en el curso de su actividad unilateral, siendo en la sociedad actual —en la que son decisivos el consenso y la aceptación sociales de la actividad administrativa (como lo prueba la introducción de la figura del acto consensual)— esa colaboración más necesaria que nunca. De otro lado y conforme a la CE y al derecho comunitario, la administración no debe afrontar actividades o empresas susceptibles de contenido económico sino en los supuestos en que un específico y suficiente interés general así lo reclamen (fundamentalmente por deficiencia en el funcionamiento de los mecanismos del mercado); actividades que, como regla general, están entregadas a la iniciativa privada en régimen de libre competencia.

La contratación presenta, en cualquier caso, una indudable faceta de instrumento de dirección estratégica de la vida social en manos de la administración pública para asegurar la disponibilidad de bienes y servicios en el mercado o desarrollar políticas económicas (obra pública, construcción), de desarrollo territorial o medioambientales (en este sentido la comunicación interpretativa de la Comisión sobre la Legislación Comunitaria de Contratos Públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública: COM[(2001) 274 final, del 7 de julio de 2001], así como también políticas sociales (en este sentido la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos: COM[(2001) 566 final, del 15 de octubre de 2001].

II) *En segundo lugar*, la cuestión de si el acuerdo de voluntades que supone la contratación representa algún riesgo para el principio constitucional de servicio objetivo a los intereses generales, con eficacia y sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Como ya nos consta del estudio del acto administrativo consensual (véase el capítulo anterior), nada obsta a la participación de los sujetos ordinarios en la determinación concreta del interés general cuando así esté

permitido por el ordenamiento jurídico, lo que es el caso en la contratación en tanto que potestad que, además de no agotarse en una pura “ejecución” o, mejor, aplicación de la normativa aplicable y precisamente por ello, presenta fuertes componentes de discrecionalidad en cuanto al *si* del establecimiento de la relación contractual y a los términos mismos de ésta. Y en todo caso, a la contratación de la administración basta la participación del sujeto privado en términos de aceptación de los términos predeterminados por la administración.

Más problemática puede parecer, en principio, la vinculación de la administración al contrato y por toda la vida de éste (que está legalmente prevenida: artículo 4o. LCAP), pues ello supone que la ejecución fiel del contrato puede entrar en conflicto con la evolución de los requerimientos del interés general a cuyo servicio está obligada aquélla. Como quiera que la contratación no puede eximir a la administración de su estatuto constitucional,<sup>1</sup> ha de compatibilizarse necesariamente con las exigencias de éste, lo que se consigue en el régimen jurídico de aquélla mediante la conservación por la administración contratante de determinadas potestades unilaterales susceptibles de ser proyectadas sobre la relación contractual con el objeto de adecuar ésta en todo momento al interés general. Como fácilmente se comprende, la armonización así conseguida con el estatuto de la administración pública comporta consecuencias para el contrato mismo y, por tanto, a posición del contratista; consecuencias que se resuelven en términos económicos y en sede del mecanismo general y constitucional de garantía de la integridad patrimonial.

De ello resulta una diferencia capital entre el contrato realizado por la administración pública y el contrato regulado por el derecho privado. El primero nunca da lugar a una relación inscrita simplemente en la satisfacción de los intereses recíprocos de las partes, pues con motivo de la contratación la administración no se desvincula, como ya hemos dicho, del servicio objetivo y eficaz al interés general, de lo que se sigue que para ella la causa contractual no es otra que el concreto interés general de que se trate; interés general que, por tanto, debe ser preservado en la economía del contrato mismo. Quiere decirse, pues, que el contrato aquí estudiado es al mismo tiempo e inescindiblemente instrumento de determinación por las partes de la correspondiente relación e instrumento de satisfacción del interés general, de realización de unos objetivos considerados y protegidos por el ordenamiento.

<sup>1</sup> Artículos 103.1 y 106 CE.

III) *En tercer lugar*, si se puede hablar de un verdadero contrato regulado por la legislación administrativa.

Las potestades unilaterales que la administración siempre está en disposición de proyectar sobre la relación contractual parecen apuntar en dirección distinta a la que es propia de los artículos 1256 y 1278 del Código Civil. Lo cierto es que, conforme al artículo 1254 del Código Civil existe contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio. La mayor debilidad de la posición del contratista de la administración a la hora de la prestación del consentimiento en relación con la determinación de un objeto cierto no constituye dificultad insuperable, puesto que la posición reforzada de la administración aparece compensada con paralelos derechos del contratista y en el tráfico jurídico-privado se dan con normalidad los denominados contratos de adhesión. Por ello mismo ha podido poner de relieve S. Martín Retortillo que la paridad posicional de las partes (al menos la formal) y la autonomía de la voluntad de todas ellas para definir el contenido no son notas esenciales al contrato.

## II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO Y LÍMITES

La contratación pública ni se corresponde con la actividad convencional de la administración, ni se agota exclusivamente en la conclusión de los denominados contratos administrativos.

La actividad de la administración es estrictamente unilateral, sin elemento alguno convencional, sólo cuando el contenido de los actos en que se plasma se determina exclusivamente por la voluntad de aquélla, de suerte que ni su validez ni su eficacia dependen del concurso de ninguna otra voluntad. Existen, sin embargo actos, incluso unilaterales, cuya eficacia depende de la voluntad de su destinatario (por ejemplo el nombramiento para un cargo o de un funcionario). Y ya nos consta que, en el contexto del desarrollo de la actividad unilateral formalizada, es posible la sustitución de su conclusión por acto unilateral por un acuerdo, pacto, convenio o contrato final del procedimiento,<sup>2</sup> lo que significa el paso a una actividad convencional en la que la voluntad de los destinatarios de la acción administrativa resulta relevante para la definición del interés general en el caso. En ninguno de estos casos

<sup>2</sup> Artículo 88 LRJPAC; véase capítulo anterior.

se está aun ante la contratación pública, ni siquiera cuando la actividad de la administración es directamente convencional, es decir, cuyos contenidos y efectos requieren la concurrencia de la voluntad de tercero o terceros respecto de aquélla. Pues esta actividad es más amplia que la de la contratación pública.

Para que se esté ante esta última es precisa la concurrencia de los siguientes elementos:

- I) La presencia de una administración pública (criterio subjetivo de delimitación).
- II) La conexión del objeto del contrato un interés público cuya gestión esté legalmente encomendada a la administración pública contratante y la consecuente sujeción a un régimen jurídico-administrativo específico no sólo de su preparación y adjudicación, sino del contrato mismo (criterio objetivo de delimitación).

Son estos dos elementos los que explican y justifican la regulación jurídico-administrativa de la contratación pública y las peculiaridades de ésta respecto a la contratación en general.

La contratación pública se traduce en la conclusión no sólo de los denominados contratos administrativos, sino también de contratos privados sujetos al derecho civil.

Esta diferenciación de los calificados como contratos administrativos, que no se da sino en los ordenamientos influenciados por el derecho francés (no existe, por ejemplo en Alemania o en Italia), suscita la cuestión de la sustantividad de aquella categoría, que ha sido objeto efectivamente de debate doctrinal. En la actualidad puede considerarse generalmente aceptada la tesis, tanto en la doctrina científica,<sup>3</sup> como en la jurisprudencia contencioso-administrativa, de que se está ante una mera modulación jurídico-administrativa de la institución contractual (el contrato como supraconcepto que tiene diversas manifestaciones positivas), que pertenece a la teoría general del derecho<sup>4</sup> o cuya regulación general tiene su asiento —en calidad de derecho común— en el Código Civil. En cualquier caso, esa modulación es,

<sup>3</sup> Parada, José Ramón, *Derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1991, t. I, p. 367.

<sup>4</sup> Villar Palasí, José Luis, *Apuntes de derecho administrativo, Parte general*, Madrid, Universidad a distancia, 1974, t. II, p. 255.

al menos en algunas figuras contractuales, tan acusada que comporta una regulación sin equivalente en el derecho privado. Y, de otro lado, así como los contratos administrativos siempre tienen este último como derecho supletorio, los contratos privados en modo alguno puede decirse que no están penetrados por reglas jurídico-administrativas.

La cuestión hoy, tras la CE (cuyo artículo 149.1.18 prevé una legislación reguladora de los contratos y las concesiones administrativas con carácter de básico para todas las administraciones públicas) es puramente teórica, radicando su trascendencia práctica en la determinación del régimen aplicable (incluida la integración de las lagunas que éste presente), es decir, se ha tornado en la exclusivamente referida al derecho aplicable<sup>5</sup> y, por tanto, del orden jurisdiccional competente para el conocimiento de los conflictos a que den lugar los contratos [el artículo 2o., b) la LJCA incluye en la competencia plena del contencioso-administrativo únicamente los contratos administrativos, pues respecto de los demás que concluya la administración la limita a los actos de preparación y adjudicación o “actos separables” de los contratos mismos y regulados en cualquier caso en la LCAP]. Soluciones.<sup>6</sup>

### III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### 1. *Formación y antecedentes en nuestro ordenamiento*

Sin perjuicio de antecedentes remotos en el antiguo régimen no bien establecidos e identificables en virtud de la teoría del fisco y los actos de mera gestión patrimonial, el origen de la legislación administrativa relativa a los contratos se sitúa en la previsión de una jurisdicción específica primero para los suministros militares (desde 1808) y luego para las obras y los servicios públicos y la venta de bienes nacionales<sup>7</sup> y se relaciona con la evolución conducente a la emergencia de la jurisdicción contencioso-administrativa,<sup>8</sup> consagrando en esta etapa la jurisprudencia del Consejo Real; I) el principio de acto previo y su ejecutoriedad; II) la primacía posicional de la

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 247 y ss.

<sup>6</sup> García de Enterría, E. y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1990, t. II, p. 519.

<sup>7</sup> Con la Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública del 20 de febrero de 1850.

<sup>8</sup> Leyes del 2 de abril de 1845 y del 2 de noviembre de 1845.

administración<sup>9</sup> y III) las cláusulas de prerrogativa incluidas en los pliegos de condiciones de la contratación.

La legislación sobre contratación propiamente dicha comienza en forma de disposiciones fragmentarias: el Real Decreto del 27 de noviembre de 1852 y la Ley de Administración y Contabilidad de la Administración Pública de 1911, que consagran la selección del contratista por procedimientos objetivos (subasta, fundamentalmente) y algunos privilegios de la administración (sobre todo el de ejecutividad).

El primer intento de regulación comprensiva de la contratación pública es ya del siglo XX y se localiza en el ordenamiento local: el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1955, que asume el modelo general de la contratación civil modulado con cláusulas exorbitantes.

La primera norma legal general, la Ley de Bases de los Contratos del Estado del 28 de marzo de 1963, que dio lugar al texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, del 8 de abril, modificado en el año 1973, representa un salto cualitativo respecto a la evolución anterior, en cuanto que: I) establece un verdadero código para las relaciones contractuales de la administración (rasgo acentuado en la reforma de 1973 y culminado con el texto articulado parcial de la Ley de Bases de las Entidades locales de 1976), que abarca subjetivamente las de todas las administraciones públicas y objetivamente todas las relaciones contractuales que éstas establezcan; II) define un modelo de contratación: el contrato administrativo, con un régimen diferenciado del de la contratación general; y III) determina un mismo régimen para todas las relaciones contractuales, deriven éstas de los contratos administrativos típicos (obras públicas, gestión de servicios públicos y suministros, cuyo régimen establece directamente el propio texto legal) o de los contratos privados, los especiales (cuyo régimen queda remitido a la legislación administrativa específica) e, incluso, los excluidos (del ámbito del texto legal).

## *2. El orden constitucional y sus consecuencias en la materia*

En 1978 la CE asume implícitamente el estadio alcanzado por la evolución en esta materia, decidiendo preservar en el Estado autonómico un cierto grado de unidad del régimen de la contratación pública mediante la

<sup>9</sup> Real Decreto, Sentencia del 20 de octubre de 1859.

reserva a las instituciones generales<sup>10</sup> de la competencia para la fijación de las bases de dicha contratación y de las concesiones administrativas; bases que, obviamente, han de tener en cuenta el estatuto principal que para la administración pública —el conjunto del poder público administrativo— establece la propia norma fundamental.<sup>11</sup>

Se entiende así que el Tribunal Constitucional<sup>12</sup> haya precisado que:

- 1) Desde el punto de vista del referido estatuto constitucional de la administración pública, las certificaciones extendidas en el curso de la contratación no son embargables cuando se trata de preservar el interés público presente en la contratación y ello no vulnera la CE (por las implicaciones del principio de objetividad de la administración para la selección de los contratistas y, sobre todo, del principio de eficacia en punto a la dotación de la administración con privilegios de la administración).
- 2) Desde el punto de vista de la distribución territorial de competencias, que la legislación básica reguladora de la contratación pública puede y debe establecer los principios o reglas fundamentales de ésta y las disposiciones complementarias que sean precisas para su efectividad (a cuyo efecto la Ley puede llamar a la colaboración a la norma reglamentaria).

### *3. El marco comunitario e internacional de la contratación pública*

#### *A. El derecho comunitario europeo y su incidencia en el régimen de la contratación pública*

Aunque el derecho originario de la UE no contiene atribución competencial alguna en esta materia, la contratación pública —al ser considerada pieza clave para la realización efectiva del mercado común, único y, finalmente, interior— ha sido objeto de atención detenida por las instituciones comunitarias, con consecuencias notables para los derechos internos. En efecto la importancia económica de la contratación pública (16% PIB de la UE) ha hecho que ya en los programas generales aprobados por el Consejo

<sup>10</sup> Artículo 149.1.18 CE.

<sup>11</sup> Artículos 103.1 y 106 CE.

<sup>12</sup> SstC 141/1993, del 22 de abril; 169/1993, del 27 de mayo; y 336/1993, del 12 de noviembre.

en 1961 aparezca entre los objetivos de la acción comunitaria, sin perjuicio de que el dictado de la primera directiva sólo se haya producido más tarde, concretamente en la década de los años setenta.

La intervención normativa comunitaria en la materia pretende primariamente, pues, la eliminación de restricciones al desarrollo del mercado interior, mediante I) la supresión de barreras al acceso de los contratistas de otros países a los contratos públicos nacionales; II) la coordinación o armonización de las legislaciones de los Estados; y III) el reforzamiento de las garantías de los contratistas frente a las administraciones públicas internas. Pero guarda relación también con los objetivos de otras políticas, tales como los de contención del gasto público, el impulso tecnológico, el ensanchamiento del mercado y el reforzamiento de la competitividad de las empresas europeas.<sup>13</sup> A ello han de añadirse algunas iniciativas, aun pendientes de aprobación, incluidas en el denominado “paquete de medidas legislativas” y dirigidas a: I) la simplificación del régimen de la contratación; II) la modernización de las formas de la contratación (electrónica, forma dialogada); III) el reforzamiento de la normalización; y IV) la inserción de objetivos de política social, ambiental, etcétera.<sup>14</sup>

La normativa europea vigente en la materia es la siguiente:

- Directiva 89/665/CEE del Consejo, del 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.
- Directiva 92/50/CEE del Consejo, del 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, corregida por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente.

<sup>13</sup> Comisión Europea, *Libro verde la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, 27.11.1996.

<sup>14</sup> Comunicación de la Comisión: Contratación pública en la Unión Europea, 11.03.1998.

- Directiva 92/13/CEE del Consejo, del 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de los disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.
- Directiva 93/36/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, corregida por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente.
- Directiva 93/37/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, corregida por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente.
- Directiva 93/38/CEE del Consejo, del 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 corregida por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.
- Directiva 2001/78/CE de la Comisión, del 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del

Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos).

- Decisión de la Comisión 87/305/CEE, del 26 de mayo de 1987, relativa a la creación de un Comité consultivo para la apertura de la contratación pública.
- Decisión del Consejo 77/63/CEE, del 21 de diciembre de 1976, de modificación de la Decisión 71/306/CEE por la que se creó un Comité consultivo para los contratos públicos.
- Decisión 3/90 del Consejo de Ministros ACP-CEE, del 29 de marzo de 1990, por la que se aprueban las disposiciones generales, las condiciones generales y las normas de procedimiento para la conciliación y el arbitraje, relativos a los contratos de obras, de suministros y de servicios financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), y sobre su aplicación.

En la medida en que esta normativa comunitaria ya está incorporada al derecho español, no interesa aquí analizar profundamente su contenido dispositivo, cuanto dar cuenta de sus características generales, que son las siguientes:

1. Su dictado se ampara, a efectos competenciales, en la armonización o coordinación de legislaciones de los Estados miembros para el desarrollo del mercado interior. Esta es la razón de la utilización del instrumento Directiva, por más que éstas se hayan formalizado con gran detalle a los efectos de propiciar su inmediata y directa aplicación.
2. Su ámbito de aplicación es limitado:
  - Desde el punto de vista subjetivo se aplica a los que la propia normativa (y sus anexos) califica como poderes adjudicadores.  
El punto más conflictivo en la ejecución ha sido y el de la subsunción o no en la categoría de poderes adjudicadores de contratos públicos de los entes de la administración instrumental. Y ello por la tendencia de los Estados a escapar del ámbito de aplicación

cabalmente mediante la utilización de variados entes. A los efectos de contrarrestar esta tendencia, dicho ámbito comprende los entes que orgánicamente dependan de o estén dirigidos por la administración y desempeñen actividades de carácter público.

- Desde el punto de vista de las figuras contractuales, comprende sólo los de obras públicas, servicios y suministros. Por extensión, comprende también los suscritos con empresas que desarrollan su actividad en sectores intensamente regulados (agua, energía, telecomunicaciones y transportes).
- Desde el punto de vista cuantitativo, únicamente incluye los contratos a partir de una determinada cuantía (IVA incluido) les son de aplicación directa.

La no directa aplicación a los contratos de cuantía inferior, no excluye que a éstos afecte el orden público económico comunitario y, en especial la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

- Desde el punto de vista del objeto de la normación, comprende únicamente determinados aspectos de la contratación: I) la determinación del objeto; II) los procedimientos de selección de los contratistas; III) la publicidad; y las garantías de los licitadores.

En cualquier caso, la ejecución y, por tanto, la efectividad del marco comunitario en la materia ha encontrado y en cierta medida sigue encontrando dificultades derivadas de: I) las diferentes tradiciones y los distintos sistemas de los Estados miembros (un sistema de contratación específicamente administrativa sólo existe en Francia, Bélgica y España), que suscitan problemas de coordinación entre las legislaciones internas y II) la resistencia que ofrecen los Estados miembros a una plena colaboración en la materia (no fidelidad en la transposición, no sujeción a los plazos, huída mediante técnicas de organización, etcétera).

#### *B. El desarrollo de regímenes internacionales de contratación en el seno de organizaciones internacionales y su incidencia en la contratación pública*

Al margen de la integración supranacional, la importancia de la contratación pública en el contexto de la mundialización de la economía se mani-

fiesta en una creciente “internacionalización” de la normativa aplicable, por efecto, sobre todo de la acción de la OMC, de la que la UE es parte.

#### a. La Organización Mundial de Comercio

Aunque la contratación pública está, en principio, excluida del ámbito de aplicación de las normas comerciales multilaterales de la OMC (Acuerdos de 1947), también aquí la importancia económica de la contratación pública (10 o 15 % PIB según la OMC) ha dado lugar a la intervención de dicha organización, que puede resumirse así:

- Ronda de Tokio. El Acuerdo sobre Compras del Sector Público (12 de abril de 1979) [negociado por la Comisión Europea e incorporado al derecho comunitario por decisión del Consejo 80/271/CEE, del 10.12.1979], modificado por el Protocolo del 2 de febrero de 1987 (Decisión del Consejo de 87/565/CEE, del 16 de noviembre), prohíbe la discriminación entre productores de países partes del acuerdo e impone su apoyo como si fueran productores nacionales. Es de aplicación a las autoridades centrales de los Estados y su contenido muy similar al de las directivas europeas.
- Ronda de Uruguay. La negociación de las partes en el Acuerdo anterior para ampliar su alcance y aplicación, da lugar al Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 (entró en vigor el 10. de enero de 1996). Se trata de uno de los acuerdos “plurilaterales” que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC, que no obliga a todos los miembros de la organización (aunque sí a la UE).

Establece como regla fundamental la no discriminación entre proveedores de los países parte. Su ámbito de aplicación se define así: I) criterio subjetivo: aplicación a los centros, definido en el anexo; II) criterio objetivo: aplicación a la compra de productos, servicios y obras; y III) criterio cuantitativo: aplicación a los contratos que superen un determinado umbral (hay importantes excepciones en los anexos).

Regula los siguientes extremos:

- 1) El régimen de licitación: los procedimientos restringidos y negociados; el derecho de información en relación con el pliego de condiciones, la presentación, la recepción y apertura y los criterios de adjudicación; la prohibición de compensaciones por desarrollo; y el control sobre el uso de las especificaciones técnicas.
- 2) El régimen de información, estableciendo el principio de anuncio previo y requiriendo la información sobre y la publicación de la adjudicación.
- 3) Contiene normas especiales para los países en desarrollo

*b. Las Naciones Unidas*

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha desarrollado la Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios (1993) como mecanismo de modernización de la legislación aplicable.

*4. El régimen jurídico vigente: la LCAP y el RCAP*

*A. Consideraciones generales*

La actualización y, en especial, la adecuación de la legislación reguladora de la contratación pública al derecho comunitario, da lugar a la Ley 13/1995, del 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas que, tras sufrir retoques concretos por las Leyes 11/1996, del 27 de diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria; 13/1996, del 30 de diciembre; 66/1997, del 30 de diciembre; y 50/1998, del 30 de diciembre, todas ellas de medidas fiscales, administrativas y del orden social, resulta modificada por la Ley 53/1999, del 28 de diciembre. Se produce así la necesidad del dictado de un texto refundido, lo que ha ocurrido con la publicación del Real Decreto Legislativo 2/2000, del 16 de junio. Este texto aun ha sido objeto de una ulterior modificación por la Ley 13/2003, del 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que ha cambiado la redacción de algunos preceptos e introducido un nuevo título V en el Libro II del mismo. Con estas modificaciones, es pues el texto refundido el que contiene en la actualidad la vigente LCAP, que se encontraba ya desarrollada por el RGCAP aprobado por Real Decreto 1098/2001, del 12 de octubre.

Sin perjuicio de la traspוסición del derecho comunitario, la LCAP se inscribe plenamente en la tradición de nuestro derecho de la contratación pública, estableciendo el régimen general de ésta y regulando en detalle los contratos típicos. En el ámbito de la administración local, la LrBRL,<sup>15</sup> complementada por el TRDvRL,<sup>16</sup> asegura la conexión de la contratación de aquélla con el régimen general de la LCAP.

Pero a la LCAP y su Reglamento ha de sumarse aun la Ley 48/1998, del 30 de diciembre, sobre contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento español las directivas comunitarias 93/38/CEE y 92/13/CEE y que es de aplicación a las entidades bajo control público y a las privadas que tengan concedidos derechos especiales o exclusivos.

#### *B. La compleja función ordinamental de la LCAP*

La vigente LCAP cumple en nuestro ordenamiento una triple función:

1. Por lo pronto, la de la ejecución del derecho comunitario mediante la traspוסición de las pertinentes directivas vigentes en la materia.

2. Pero, además y desde el punto de vista estrictamente interno y en cuanto es resultado del ejercicio de una competencia normativa básica, el bloque formado por la LCAP y el RGCAP establecen el mínimo denominador común de la entera actividad contractual de todas las administraciones públicas, con independencia de la instancia territorial del Estado en la que se sitúen y operen.

Como consecuencia de la operación de modificación del texto refundido de 2/2000, del 16 de junio, llevada a cabo por la Ley 13/2003, del 23 de mayo, la determinación de las normas básicas no está contenida exclusivamente en la LCAP, sino también en este último texto legal. De acuerdo con las respectivas disposiciones finales primeras de ambos textos, dichas normas básicas, así como en algún caso las de aplicación plena (por traer causa de título competencial que así lo justifica), son las que se enumeran pormenorizadamente en ellas. El mismo carácter básico tiene las normas reglamentarias de desarrollo cuando efectivamente constituyan el complemento necesario de tal carácter respecto de las normas legales que lo tienen atribuido y así se señale en el RGCAP (disposición final tercera del texto re-

<sup>15</sup> Artículo 88.

<sup>16</sup> Artículos 112 y 113.

fundido 2/2000 y disposición final segunda de la Ley 13/2003). Por ello mismo son de aplicación directa con carácter general a todas las administraciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCAP. De donde se sigue que todas las restantes normas legales y reglamentarias carecen de dicho carácter básico (o, en su caso, de aplicación plena), siendo de aplicación directa únicamente a la Administración General del Estado.

3. También desde la perspectiva interna y en todo su contenido dispositivo no considerado de aplicación plena ni de carácter básico, la LCAP y su Reglamento operan, en tanto que legislación general, como derecho supletorio de las comunidades autónomas.<sup>17</sup>

### *C. El ámbito de aplicación de la LCAP*

El ámbito de aplicación de la LCAP se determina por la acción combinada de dos criterios: el subjetivo (las organizaciones cuya actividad contractual está sujeta a ella) y el objeto (los contratos que se rigen por la misma).

#### *a. El criterio subjetivo*

Conforme al artículo 1º. LCAP los sujetos a los que se aplica su regulación son los siguientes:

1. En régimen de aplicación directa y general —en función de la determinación de lo de aplicación plena y lo básico en la disposición final primera tanto de la propia LCAP como de la Ley 13/2003—, de suerte que los contratos que celebren deben ajustarse a todas las prescripciones de la LCAP:<sup>18</sup>

I) Las administraciones públicas, entendiéndose por tales:<sup>19</sup>

- La Administración General del Estado.
- Las administraciones de las comunidades autónomas.
- Las entidades que integran la administración local.

II) Los organismos autónomos (siempre) y las entidades de derecho público con personalidad propia vinculadas o dependientes a cualquiera

<sup>17</sup> Artículo 149.3 CE.

<sup>18</sup> Artículo 1.1.

<sup>19</sup> Artículo 1.2 LCAP.

de las administraciones públicas anteriores,<sup>20</sup> siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

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

2. En régimen de aplicación, sólo de las reglas sobre la capacidad de las empresas, la publicidad, los procedimientos de licitación y las formas de adjudicación:<sup>21</sup> las entidades de derecho público no comprendidas en el apartado II) del punto 1 anterior, siempre que:

- I) Se trate de contratos (obviamente de derecho privado) de: a) obras, b) consultoría y asistencia y servicios relacionados con obras, cuyo importe (con exclusión del IVA) sea igual o superior a 5.358.153 euros equivalentes a 5.000.000 euros de derechos especiales de giro, si se trata de contratos de obras, o a 214.326 euros equivalentes a 200.000 euros de derechos especiales de giro en otro caso.
- II) La principal fuente de financiación de los contratos procede de las transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las administraciones públicas.

3. Aplicación de las mismas reglas del punto 2 anterior, a cualquier contratante (extensión del ámbito subjetivo por virtud del derecho comunitario europeo) cuando se trate de los contratos siguientes: contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE); los de construcción relativos a hospitalares, equipamientos deportivos, recreativos y de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo; los contratos de

<sup>20</sup> Artículo 1.3 LCAP.

<sup>21</sup> Artículo 2.1 LCAP.

consultoría y asistencia y de servicios relacionados con los anteriores contratos de obras, cuando sean subvencionados directamente por la administración con más del 50% de su importe, siempre que éste (con exclusión del IVA) sea igual o superior a 5.000.000 euros, si se trata de contratos de obras, o de 200.000 euros, en otro caso.

4. Aplicación sólo de los principios de publicidad y concurrencia (salvo incompatibilidad con ellos de la operación a realizar) a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público en toda su actividad contractual (disposición adicional sexta LCAP).

Debe tenerse en cuenta que la contratación en los sectores llamados excluidos —agua, energía, transportes y telecomunicaciones— se rigen por la Ley 48/1998, del 30 de diciembre, que ha efectuado la trasposición del derecho comunitario en dichos sectores (disposición adicional undécima LCAP).

Este primer criterio subjetivo de determinación del ámbito de aplicación plantea problemas a la vista del concepto puramente funcional del poder adjudicador de que parte el derecho comunitario conforme a las SsTJ del 20 de septiembre de 1988 (asunto Beentjees) y, más recientemente, del 17 de diciembre de 1998 (asunto Comisión/ Irlanda), de los que se han ocupado entre nosotros J. A. Moreno Molina y J. M. Baño León.

#### *b. El criterio objetivo o sustantivo*

Opera en función de tipos de contratos y su importancia reside en que determina el régimen aplicable y la jurisdicción competente para conocer de los contenciosos.

A este efecto, la LCAP contempla las siguientes clases de contratos:

- Contratación en España.
- Contratos incluidos (regulados).
- Contratos de carácter administrativo.
- Contratos nominados, tanto simples, como mixtos.
- Contratos especiales.
- Contratos de carácter privado.
- Contratos excluidos (no regulados).
- Contratación en el extranjero, que queda sujeta a reglas específicas.<sup>22</sup>

22 Artículo 117 LCAP.

c. Los contratos excluidos son los siguientes

1. Los enumerados taxativamente en el artículo 3.1 LCAP empleando los siguientes criterios: la naturaleza de la relación [los de las letras a) y d)]; los sujetos que intervienen [los de la letra c)]; la sujeción a normativa internacional [los de las letras e), g), h) e i)]; la naturaleza y el régimen del servicio prestado o la actividad desarrollada por la administración entre otros [letras b) y f)]; el objeto específico del contrato [letras j) y k)].

Estos contratos se rigen por sus normas especiales, aplicándose los principios de la LCAP para resolver dudas y lagunas (no especificados en concreto y, por tanto, todos los inferibles de la LCAP en sede interpretativa).

2. Todos los concluidos al amparo del artículo 88 LRJPAC, salvo que tengan por objeto materias reguladas por la LCAP, es decir, el propio de uno de los contratos regulados por ésta; supuesto este último, en el que su celebración debe producirse conforme a la LCAP (disposición adicional cuarta LCAP).

Como se mencionó anteriormente los contratos incluidos se derivan en contratos de carácter administrativo y éstos en contratos nominados o típicos simples:<sup>23</sup>

Son aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea:

- La ejecución de obras;
- La gestión de servicios públicos;
- La realización de suministros;
- La concesión de obras públicas;
- La consultoría y asistencia o de servicios, excepto los de servicios financieros referentes a seguros y servicios bancarios y de inversiones, así como los de esparcimiento, culturales y deportivos.

Se rigen, conforme al artículo 7.1 y 2 de la LCAP, tanto para los actos separables (preparación y adjudicación), como para el fondo del contrato, por:

I) Los contratos de concesión de obras públicas, de carácter preferente, por:

a) Las normas contenidas en el título V LCAP y las de desarrollo del mismo.

<sup>23</sup> Artículo 5.2, a) LCAP.

- b) La legislación sectorial específica, en todo lo que no se oponga al expreso título V LCAP y sin perjuicio de los artículos 125 y 133 LA.
- c) Subsiguientemente, por las normas que rigen el resto de los contratos administrativos.

II) Los restantes contratos administrativos, por:

- La LCAP y sus normas de desarrollo.
- Supletoriamente: las restantes normas de derecho administrativo.
- En defecto de las normas anteriores: las normas de derecho privado.

La competencia para conocer de las controversias que surjan entre las partes de los contratos administrativos corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.<sup>24</sup>

Los contratos nominados o típicos mixtos,<sup>25</sup> son aquellos contratos administrativos que contengan prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase. Sólo, pues, los contratos administrativos pueden ser mixtos.

Conforme al dictamen del Consejo de Estado 4464, del 22 de diciembre de 1998 dos son las posiciones que cabe mantener respecto de estos contratos: la de la absorción por el de objeto de mayor entidad del o de los de objeto de menor entidad (es la positivizada en el artículo 6o. LCAP), cuando la ejecución de ambos es simultánea; y la de la combinación de figuras contractuales, si la ejecución de las prestaciones correspondientes es sucesiva. Pues el problema que plantea esta categoría es la de su tipicidad, por razón de la comprensión de objetos típicos de más de un contrato administrativo nominado. De ahí que cuando concurra este supuesto de pluralidad de objetos típicos, el artículo 2.1 RGCAP exija la definición de cada tipo de prestación con independencia de las demás. Para su calificación (aplicación de las normas pertinentes) ha de estarse al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. De esta calificación deriva su régimen jurídico, siendo clara la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias que produzcan.

<sup>24</sup> Artículo 7.3 LCAP.

<sup>25</sup> Artículo 6o. LCAP.

Desde el punto de vista del derecho comunitario, la STJ del 19 de abril de 1994<sup>26</sup> ha establecido la inaplicabilidad de aquel derecho.

Los contratos administrativos especiales,<sup>27</sup> se integran por los contratos administrativos de objeto distinto a los ordinarios simples, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la administración contratante al satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley. Se rigen por sus normas propias (con carácter preferente) y, subsiguientemente, por las normas que rigen los contratos administrativos nominados o típicos, conforme a las siguientes reglas:

- Se adjudican: conforme a las reglas aplicables con carácter general a los contratos administrativos ordinarios.
- Su pliego de cláusulas administrativas particulares han de contener los extremos especificados en el artículo 8.2 LCAP y las causas de resolución peculiares son las previstas en el artículo 8.3 LCAP.

Es clara la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias que de ellos resulten.

Los contratos de carácter privado, mencionados anteriormente (artículo 5.2 LCAP) son los siguientes:

- Los contratos de compraventa.
- Los contratos de donación.
- Los contratos de permuta.
- Los contratos de arrendamiento.
- Los contratos análogos a los anteriores sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables
- Los contratos de servicios financieros referidos a seguros, servicios bancarios y servicios de inversiones.
- Los contratos de esparcimiento, culturales y deportivos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria, y los de espectáculos.

<sup>26</sup> Gestión Hotelera Internacional S.A./Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas, S.A.

<sup>27</sup> Artículos 5.2, b), 7.1 y 8 LCAP.

- Cualesquiera otros contratos que, celebrados por las administraciones públicas, no tengan, de acuerdo con la LCAP, carácter administrativo.

Su régimen<sup>28</sup> es el siguiente:

- La preparación y la adjudicación (actos separables: artículo 9.3 LCAP), por las normas administrativas específicas [en el caso de los contratos de compraventa, donación, permuto, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, por las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes administraciones; en el caso de los contratos de servicios financieros referentes a seguros, servicios bancarios y de inversiones, así como los de esparcimiento, culturales y deportivos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, por las normas pertinentes de la LCAP] y, en su defecto, la LCAP y sus normas de desarrollo.
- Los efectos y la extinción, por las normas de derecho privado.

Para conocer de las controversias a que den lugar, es competente: I) el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuando se trate de los actos separables (preparación y adjudicación), y II) el orden jurisdiccional civil, cuando se trate del fondo contractual.

#### IV. LAS REGLAS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

##### 1. *Requisitos de la contratación*

###### A. *La potestad de contratación*

La potestad de contratación es accesoria de la o las que la legislación sectorial reguladora de la materia o el sector de actuación que motive la ne-

28 Artículo 9o. LCAP.

cesidad de celebrar un contrato y, por tanto, se entiende implícita en el correspondiente *status* de la administración conforme al artículo 4o. LCAP:

- La titularidad de la potestad de contratación comprende siempre cierta libertad para establecer pactos, es decir, un grado de discrecionalidad tal que permite a la administración correspondiente concretamente concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente.
- Siempre que dichos pactos no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (expresión que condensa al propio tiempo las directrices positivas de ejercicio de la potestad y los límites de éste).
- Pactos, cuyo establecimiento determina la vinculación de la administración, que debe cumplirlos según su propio tenor, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la LCAP en favor de aquélla (regla, en la que se expresa el servicio objetivo y eficaz al interés general incluso en la actividad contractual).

#### B. *Los requisitos para contratar*

Conforme al artículo 11.2 LCAP son —salvo que otra cosa se disponga expresamente en el propio texto legal— los siguientes:

1. La competencia del órgano de contratación.
2. La capacidad del contratista adjudicatario.
3. La determinación del objeto del contrato.
4. La fijación del precio.
5. La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la administración.
6. La tramitación de procedimiento (expediente), al que deben incorporarse los pliegos en los que la administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto.
7. La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la LGP o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas administraciones públicas sujetas a la LCAP.

8. La aprobación del gasto por el órgano competente para ello.
9. La formalización del contrato.

Como resulta de su simple enumeración, estos requisitos aluden a los elementos subjetivos, objetivos y formales de la contratación.

## *2. Los principios y reglas generales de la contratación pública*

De la LCAP cabe inducir los siguientes principios generales que gobernan la contratación pública:

1. De autonomía de la voluntad (el contratista) y discrecionalidad administrativa (la administración contratante) en la fijación del contenido de la relación contractual (en los términos del artículo 4o. LCAP).
2. De igualdad y no discriminación, publicidad, concurrencia y transparencia.<sup>29</sup>
3. De riesgo y ventura (el contratista asume en principio la ejecución a su riesgo y ventura: artículo 98 LCAP). Se trata, no obstante, de un principio que sufre numerosas excepciones y modulaciones. Por el momento las del artículo 144 LCAP por lo que hace al contrato de obras. Pero, en general, todas las ligadas a la compensación por los perjuicios derivados del *factum principis* y las ligadas a la evolución en el sentido de la consideración del contratista como colaborador de la administración y re conducibles al reequilibrio económico-financiero del contrato en caso de ejercicio del *ius variandi*.

A estos principios cabe sumar las siguientes reglas, asimismo, generales:

- Objeto determinado y necesidad de éste para los fines del servicio público correspondiente (justificada en el correspondiente expediente).<sup>30</sup>
- Vinculación del sujeto público contratante: cumplimiento a tenor de los contratos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Artículo 11.1 y disposición adicional sexta LCAP.

<sup>30</sup> Artículo 13 LCAP.

<sup>31</sup> Artículo 4o. LCAP.

- Precio cierto, cuyo pago —salvo las excepciones admitidas— no puede aplazarse y cuya financiación ha de ajustarse a la Ley.<sup>32</sup>

### *3. Los elementos subjetivos de la relación contractual*

#### *A. La administración contratante*

##### *a. Competencia*

La administración contratante ha de actuar a través de órgano competente (para contratar y aprobar el gasto correspondiente), es decir, del llamado órgano de contratación,<sup>33</sup> que es:

En la Administración General del Estado:

- En la administración directa o matriz: los ministros y los secretarios de Estado (en caso de coexistencia de varios órganos de contratación en un mismo Departamento, el competente para los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios que afecten al ámbito propio de más de uno de aquéllos es el ministro, salvo que se atribuya la competencia a la Junta de Contratación); todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto, en su caso, para la centralización de la contratación de bienes y servicios declarados de uniformidad obligatoria para su utilización específica por los servicios de un determinado Departamento.
- En los organismos autónomos, las entidades públicas estatales y las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social: los representantes legales y (en el caso de los últimos) los directores generales.

Estas competencias pueden ser objeto de desconcentración por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros.

Es posible la celebración de contratos por un Ministerio que sean cofinanciados por otros en los términos que se fijen en los correspondientes convenios o protocolos de actuación.

<sup>32</sup> Artículo 14 LCAP.

<sup>33</sup> Artículo 12 LCAP.

Los anteriores órganos contratantes precisan autorización previa del Consejo de Ministros para la celebración de contratos a partir de cierto importe, de carácter plurianual o con pago del precio mediante sistema financiero o arrendamiento plurianual con opción de compra.<sup>34</sup>

En las comunidades autónomas, los órganos de contratación son los que determine su legislación propia. Mientras que en la administración local, los órganos de contratación son los determinados por la legislación de régimen local.

En y para la Administración General del Estado existe una Junta Consultiva de Contratación como órgano consultivo en la materia, que además, puede promover las normas y las medidas de carácter general que considere convenientes y formular recomendaciones. En las comunidades autónomas pueden existir órganos equivalentes.<sup>35</sup>

*b. Derechos y deberes en la relación contractual y potestades proyectables sobre ésta*

En la relación contractual, la administración:

1. Asume como deberes los de cumplimiento del contrato y, en particular, de pago del precio estipulado en las condiciones legalmente establecidas,<sup>36</sup> y de colaboración con el contratista.
2. Tiene derecho a obtener la prestación objeto del contrato, si bien, con la particularidad, de que tal prestación ha de realizarse bajo su dirección o, lo que es lo mismo, en los términos resultantes del ejercicio por la misma de las prerrogativas de que está, en cuanto tal, investida (sin perjuicio de las consecuencias procedentes en el plano del reequilibrio económico-financiero y, en su caso, de la responsabilidad contractual).

*c. Prerrogativas*

Estas prerrogativas son las siguientes:<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Artículo 12.2 LCAP.

<sup>35</sup> Artículo 10 LCAP.

<sup>36</sup> Artículo 14 LCAP.

<sup>37</sup> Artículos 59 y 60 LCAP.

- I) Las derivadas de sus propios *status* como administración: la inembargabilidad de los fondos adscritos al contrato, en los términos que ya nos constan; y la autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicativa, acompañada de la competencia, en su caso, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias.
- II) Las previstas específicamente en la LCAP (artículo 59): interpretación del contrato; resolución de las dudas sobre su cumplimiento; modificación del mismo por razones de interés público; y resolución del contrato, con determinación de sus efectos.

El ejercicio de estas últimas potestades de interpretación, resolución de dudas, modificación y resolución contractual requiere siempre la instrucción de previo procedimiento en el que ha de darse audiencia a contratista. Quiere decirse, pues, que tal ejercicio da lugar a una actividad unilateral y formalizada por parte de la administración contratante, que tiene consecuencias jurídicas directas sobre la relación contractual.

Cuando se trate de la Administración General del Estado (incluidos sus organismos autónomos y entidades de derecho público, así como las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social), el ejercicio de las mismas potestades requiere que en el correspondiente procedimiento se emita informe por el Servicio Jurídico y, además, el Consejo de Estado, salvo en los supuestos de resolución del contrato por no constitución de las preceptivas garantías o por demora en la ejecución (sin oposición por parte del contratista).

No obstante, es preceptivo desde luego el dictamen del Consejo de Estado o del órgano autonómico equivalente en siguientes supuestos:

- Interpretación, nulidad y resolución que suscite la oposición del contratista.
- Modificación del contrato, si la cuantía de la misma (incluso por suma de las diversas que se acuerden) es superior al 20% del precio primitivo del contrato y éste sea igual a 6.010.121,04 euros o superior.

Las resoluciones adoptadas por la administración en ejercicio de las potestades comentadas ponen fin a vía administrativa y son inmediatamente ejecutivas. Por tanto, contra ellas cabe interponer directamente recurso-contencio-

so-administrativo. No obstante cabe el sometimiento de la cuestión de que se trate al arbitraje conforme a la LGP y las correspondientes normas de las pertinentes administraciones.<sup>38</sup>

### B. *El contratista*

#### a. Requisitos subjetivos

La capacidad para contratar su acreditación la tienen las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, con plena capacidad de obrar y solvencia económica, financiera y técnica o profesional acreditada (o, en sustitución de la acreditación de tal solvencia y en los casos en que ésta se exija, la pertinente clasificación), en las que no concurra prohibición legal de contratar.<sup>39</sup>

La trascendencia de estos requisitos subjetivos deriva de la regla legal según la cual la falta de capacidad de obrar o de solvencia y la concurrencia de prohibición para contratar determinan la nulidad de la adjudicación del contrato.<sup>40</sup>

I) La prohibición legal de contratar concurre en quien se dé alguna de las circunstancias siguientes:

1. Haber sido condenado en Sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado o los consumidores.

La prohibición alcanza en este caso a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes se encuentren en la anterior situación por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

<sup>38</sup> Artículo 60 LCAP.

<sup>39</sup> Artículos 15 y 20 LCAP.

<sup>40</sup> Artículo 22 LCAP.

2. Haber sido declarado en quiebra, en concurso de acreedores, insolvente fallido en cualquier procedimiento o sujeto a intervención judicial; haber iniciado expediente de quita y espera o de suspensión de pagos o presentado solicitud judicial de quiebra o de concurso de acreedores, mientras, en su caso, no se produzca la rehabilitación.
3. Haber dado lugar, por causa de lo que haya sido declarado culpable, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la administración.
4. Haber sido sancionado con carácter firme por: I) infracción grave en materia de disciplina de mercado, materia profesional, o materia de integración laboral de minusválidos; o II) infracción muy grave en materia social o materia de seguridad y salud en el trabajo.
5. Estar incursa la persona física o cualquiera de los administradores de la persona jurídica en cualquiera de los supuestos de incompatibilidad legal aplicables a los miembros del gobierno, los altos cargos de la administración y el personal al servicio de las administraciones públicas; o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la legislación de régimen electoral (en el caso de cargos o puestos profesionales en las comunidades autónomas o las entidades locales la regla es aplicable en los términos correspondientes).

Esta prohibición alcanza a los cónyuges, personas vinculadas conanáloga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas afectadas, siempre que, respecto de éstas, dichas personas ostenten su representación legal.

6. No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social en los términos reglamentariamente establecidos.
7. Haber incurrido en falsedad grave al facilitar a la administración las declaraciones exigibles en cumplimiento de la LCAP o de sus normas de desarrollo.
8. Haber incumplido las obligaciones impuestas por los acuerdos de suspensión de las clasificaciones concedidas o de la declaración de inhabilitación para contratar con cualquiera de las administraciones.
9. Tratándose de personas de Estados no pertenecientes a la UE, no hallarse inscritos, en su caso, en un registro profesional o comercial

en las condiciones previstas por la legislación del estado de establecimiento.

10. Haber sido sancionado en los términos previstos por el artículo 82 LGP y en el artículo 80 LGT.
11. No hallarse debidamente clasificado, en su caso, conforme a la LCAP o no acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Las causas de prohibición 2, 5, 6, 9, 10 y 11 son apreciables directa y automáticamente por la administración y subsisten mientras lo hagan las circunstancias correspondientes.<sup>41</sup> La causa 1 también es apreciable en los mismos términos, pero su alcance ha de ser establecido mediante procedimiento instruido al efecto.<sup>42</sup> La efectividad y la duración de la prohibición por las restantes causas requiere su declaración mediante resolución finalizadora de procedimiento instruido a tal fin.<sup>43</sup> De ello se sigue que, para contratar, es precisa la acreditación de estar incurso en causa de prohibición legal, lo que se prueba mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, así como, cuando dicho documento no pueda ser expedido, mediante declaración sustitutiva otorgada ante autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado (en el caso de personas de Estados miembros de la UE en los que así esté admitido, la sustitución puede tener lugar mediante declaración otorgada ante autoridad judicial).<sup>44</sup>

II) La capacidad de obrar, que es la regulada por el derecho común, se acredita, en el caso de las personas jurídicas, mediante la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil, cuando este requisito sea exigible conforme a la legislación mercantil aplicable. En otro caso, se lleva a cabo mediante la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional, en el que consten las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial.<sup>45</sup>

Se reconoce capacidad a las uniones de empresarios o empresas constituidas temporalmente a los efectos de determinada contratación, no siendo

<sup>41</sup> Artículo 21, párrafo 1o. LCAP.

<sup>42</sup> Artículo 21.1, párrafo 2o. LCAP.

<sup>43</sup> Artículo 21.1, párrafo 3o. LCAP.

<sup>44</sup> Artículos 21.5 LCAP y 20 RGLCAP.

<sup>45</sup> Artículo 15.2 LCAP.

necesaria la formalización de las uniones en escritura pública hasta la adjudicación a su favor: artículo 24.1 LCAP. Los empresarios quedan obligados solidariamente ante la administración y deben nombrar un representante o apoderado único de la unión con bastantes poderes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

En el caso de personas físicas o jurídicas no españoles de Estados miembros de la UE, la capacidad de obrar se acredita mediante la inscripción en un registro profesional o comercial, cuando este registro sea exigido por la legislación del Estado respectivo.<sup>46</sup>

En el supuesto de personas físicas de Estados no pertenecientes a la UE, la acreditación de la plena capacidad de obrar ha de ser con relación a la legislación de su Estado y, además, es precisa la justificación, mediante informe de la Misión Diplomática Permanente española, de que el estado de procedencia de la empresa admite, a su vez, la participación de empresas españolas en la contratación con la administración en forma sustancialmente análoga (se excepciona de la exigencia de este informe, para determinados contratos, cuando el Estado de procedencia sea signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio).<sup>47</sup>

III) La solvencia económica y financiera ha de acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:<sup>48</sup>

- Informe de instituciones financieras o, en su caso, justificante de la existencia de seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- Cuentas anuales o extracto de ellas (tratándose de personas jurídicas), cuando su publicación sea obligatoria en el Estado de establecimiento.
- Declaración relativa a la cifra de negocios global y de las obras, suministros y servicios o trabajos realizados en tres últimos ejercicios.

<sup>46</sup> Artículo 15.2 LCAP.

<sup>47</sup> Artículo 23 LCAP.

<sup>48</sup> Artículo 16 LCAP.

Cuando por razones justificadas no puedan facilitarse las referencias solicitadas, cabe acreditar la solvencia económica y financiera por cualquier otra documentación considerada como suficiente por la administración.

IV) La solvencia técnica y/o profesional debe acreditarse:

- En el contrato de obras, por uno o varios de los siguientes medios: títulos académicos y experiencia; relación de obras ejecutadas en los últimos cinco años, acompañada de certificados de buena ejecución de las más importantes; declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico de que se dispone para la ejecución de la obra; declaración sobre los efectivos personales medios anuales, indicando, en su caso, el grado de estabilidad en el empleo y la importancia de los equipos directivos durante los tres últimos años; y declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas —incorporados o no a la estructura propia— de los que se disponga para la ejecución de la obra.<sup>49</sup>
- En el contrato de suministro, por uno o varios de los siguientes medios: relación de los principales suministros efectuados en los últimos tres años (con determinadas especificaciones); descripción del equipo técnico, medidas para asegurar la calidad y medios de estudio y de investigación de que se disponga; indicación de los técnicos o de las unidades técnicas —integrados o no en la propia estructura— participantes en el contrato, especialmente para el control de calidad, así como, en su caso, grado de estabilidad del personal integrado en la empresa; muestras, descripciones y fotografía de los productos a suministrar; certificaciones establecidas por los institutos o servicios oficiales u homologados encargados del control de calidad, acreditativas de la conformidad de artículos bien identificados con referencia a ciertas especificaciones o normas; y control, efectuado por la administración o en su nombre por un organismo oficial competente del Estado de establecimiento, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o, a título excepcional, deban responder a un fin particular (el control ha de versar sobre las capacidades de produc-

49 Artículo 17 LCAP.

ción y, de ser necesario, de estudio e investigación, así como sobre las medidas de control).<sup>50</sup>

- En los contratos restantes, apreciando los conocimientos técnicos, la eficacia, la experiencia y la fiabilidad; extremos acreditables por uno o varios de los siguientes medios: titulaciones académicas y profesionales; relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años (con indicación de importe, fechas y beneficiarios públicos o privados); descripción del equipo técnico y unidades técnicas participantes en el contrato —integrados o no en la estructura propia—, especialmente de los responsables del control de calidad; declaración indicativa del promedio anual de personal, con mención, en su caso, del grado de estabilidad en el empleo y la plantilla de personal directivo durante los últimos tres años; declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que se disponga para la ejecución; declaración de las medidas adoptadas para controlar la calidad, así como de los medios de estudio e investigación de que se disponga; y control (cuando se trate de trabajos complejos o con un fin especial) efectuado por el órgano de contratación o en nombre de éste por un organismo oficial u homologado competente del Estado de establecimiento, con el acuerdo de tal organismo sobre la capacidad técnica y, de ser necesario, los medios de estudio e investigación, así como las medidas de control de calidad de que se disponga.<sup>51</sup>

V) La clasificación, que es requisito indispensable para contratar la ejecución de determinados contratos (los enumerados en el artículo 25.1 LCAP), sustituye en ellos a la acreditación de la solvencia (en el caso de empresas no españolas de otros Estados miembros de la UE es suficiente la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, salvo que se cuente con certificado de clasificación o documento similar expedido por el Estado correspondiente). Se trata de un requisito que puede ser excepcionado e, incluso, excluido.

El requisito de la clasificación es exigible también cuando quien pretenda contratar con la administración sea una unión temporal de empresarios na-

<sup>50</sup> Artículo 18 LCAP.

<sup>51</sup> Artículo 19 LCAP.

cionales, extranjeros no comunitarios o extranjeros comunitarios: pues en dichos supuestos debe acreditarse la clasificación, si bien en el último, en defecto de ésta, basta con acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Las uniones temporales de empresarios, previstas en el artículo 24 LCAP, se clasifican en la forma reglamentariamente dispuesta, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal, expresadas en sus respectivas clasificaciones.

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

La duración de las uniones temporales de empresarios debe ser coincidente con la del contrato hasta su extinción.

El juego de la técnica de la clasificación se determina por las siguientes reglas:<sup>52</sup>

Regla general: se exige para contratar con las administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3 LCAP, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 120.202,42 euros (o ser cesionario del contrato concluido por contratista clasificado), salvo los contratos comprendidos en las categorías 6 y 21 del artículo 206 LCAP y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

El expresado límite cuantitativo puede ser elevado o disminuido para cada tipo de contrato por el Ministro de Hacienda previa audiencia de las comunidades autónomas con arreglo a las exigencias de la coyuntura económica.

Reglas de excepción: por criterios objetivos y mediante Real Decreto, puede excluirse la clasificación para determinados grupos y subgrupos de los contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible o establecerse, por el contrario, la exigencia de clasificación en grupos y subgrupos de los contratos de obras, consultoría y asistencia y servicios, cuando, según las disposiciones vigentes, tal requisito no sea exigible ha-

52 Artículo 25 TRLCAP.

bida cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los citados grupos y subgrupos.

Además, también en función de criterios objetivos y cuando así sea conveniente para los interesados públicos, la contratación con personas no clasificadas puede 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 el ámbito de las administraciones de las comunidades autónomas, la autorización corresponde a los órganos competentes).

En todo caso, cabe excluir (por razón igualmente objetiva) el requisito de la clasificación en el siguiente procedimiento a convocar, cuando —tratado el procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto a tal requisito— no haya concurrido ninguna empresa clasificada. Así ha de precisarse entonces en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, en su caso, de los criterios de selección en función de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados en el nuevo procedimiento.

En función de criterios subjetivos son aplicables las siguientes exclusiones del requisito de la clasificación: I) en los supuestos previstos en la legislación universitaria y para la adjudicación a las universidades de contratos con las administraciones públicas;<sup>53</sup> II) los empresarios no españoles de Estados miembros de la UE únicamente tienen que acreditar, en su caso y ante el órgano de contratación correspondiente, su solvencia económica y financiera, técnica o profesional, así como su inscripción en el registro pertinente.<sup>54</sup> Los certificados de clasificación o documentos similares que hayan sido expedidos por Estados miembros de la UE en favor de sus propios empresarios constituyen una presunción de capacidad frente a los diferentes órganos de contratación en los términos del artículo 26.2 LCAP.

La clasificación implica un pronunciamiento administrativo efectuado con arreglo a las características fundamentales de las empresas en relación con su solvencia económica y financiera y técnica y profesional<sup>55</sup> para determinadas categorías de contratos (grupos generales y subgrupos de éstos) determinadas reglamentariamente. Y da lugar a su inscripción en el correspondiente registro oficial (de la Administración General del

<sup>53</sup> Artículo 26 LCAP.

<sup>54</sup> Artículo 25.2 LCAP.

<sup>55</sup> Artículo 27 LCAP.

Estado y, en su caso, los de las comunidades autónomas).<sup>56</sup> Estos registros deben facilitar información a las restantes administraciones.

La competencia para resolver sobre la clasificación (y su revisión) corresponde a:<sup>57</sup>

- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, a través de Comisiones clasificadoras que, por delegación permanente de aquélla, entienden en cuántos expedientes se relacionen con la clasificación de las empresas, produciendo sus acuerdos/efectos ante cualquier órgano de contratación.

Las Comisiones clasificadoras, cuya composición se determina reglamentariamente, están integradas por los representantes de la administración y de las organizaciones empresariales más representativas en los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

Los acuerdos de clasificación y revisión adoptados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pueden ser objeto de recurso de alzada ante el Ministro de Hacienda.

- Para los contratos que celebren los órganos de contratación de las Comunidades Autónomas, sus organismos autónomos y demás entidades públicas con empresas domiciliadas en el territorio de las respectivas Comunidades Autónomas, la competencia corresponde a los órganos que, en su caso, creen éstas; órganos, que deben las reglas y los criterios establecidos en la LCAP y sus disposiciones de desarrollo.

Para los contratos a celebrar por los órganos de contratación de las entidades locales, sus organismos autónomos y demás entidades públicas, surten efecto las clasificaciones acordadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, el órgano correspondiente de la comunidad autónoma respectiva o de otra comunidad autónoma, siempre

<sup>56</sup> Artículo 34 LCAP.

<sup>57</sup> Artículo 28 TRLCAP.

que, en este último caso, se haya practicado la preceptiva inscripción en el registro oficial de empresas clasificadas.<sup>58</sup>

Para que los acuerdos adoptados por órganos autonómicos surtan efectos ante órganos de contratación de la Administración General del Estado o de comunidades autónomas distintas han de ser objeto de inscripción en el registro oficial de empresas clasificadas.<sup>59</sup>

La clasificación tiene validez por el plazo de dos años y se efectúa en función de los elementos personales, materiales, económicos y técnicos de que se disponga en relación con la actividad para la que se haya solicitado y, en su caso, de la experiencia en trabajos realizados directamente en el último quinquenio. Es revisable a petición del interesado (o de oficio) por la administración desde el momento en que dejen de ser actuales las bases tomadas para establecerla.<sup>60</sup>

La denegación de la clasificación procede cuando, a la vista de las personas que rigen la empresa o de otras circunstancias, pueda presumirse que es una continuación, transformación, fusión o sucesión de otras empresas respecto de las cuales se haya acordado la suspensión de su clasificación o su inhabilitación para contratar.<sup>61</sup>

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa puede comprobar en cualquier momento los elementos de una clasificación (incluso si está pendiente) y, al efecto, solicitar los documentos que estime necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados en los expedientes que tramite, así como interesar informes de cualquiera de los órganos de las administraciones públicas sobre estos extremos.<sup>62</sup>

La clasificación puede, además, suspenderse conforme a las siguientes reglas:

Cuando la suspensión de la clasificación lo sea de empresarios personas jurídicas y por las causas de origen procesal penal previstas en la LCAP, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 20, letra a) LCAP.

- La competencia corresponde: al Ministro de Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y previa

<sup>58</sup> Artículo 28.4 LCAP.

<sup>59</sup> Artículo 28.3, párrafo 2o. LCAP.

<sup>60</sup> Artículo 29 LCAP.

<sup>61</sup> Artículo 30 LCAP.

<sup>62</sup> Artículo 32 LCAP.

formación de expediente administrativo con audiencia del interesado,<sup>63</sup> o, cuando haya sido acordada por órgano autonómico, al órgano asimismo autonómico que se determine al efecto.<sup>64</sup>

Para la efectividad de los acuerdos de suspensión de las clasificaciones de empresas, la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas deben darse mutuo conocimiento de los acuerdos adoptados y proceder a su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en los respectivos diarios oficiales en la forma que reglamentariamente se determine.<sup>65</sup>

- La suspensión puede ser por menos de un año, hasta cinco años o incluso indefinida.<sup>66</sup>
- Es causa de suspensión por menos de un año, la infracción grave de las condiciones establecidas en el contrato que no den lugar a resolución.
- Es causa de suspensión de hasta cinco años: la falsedad grave en las informaciones o declaraciones a los órganos competentes de la administración, por la naturaleza del contrato, o a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; incurrir en determinados supuestos de prohibición de contratar;<sup>67</sup> haberse exigido al contratista consultor el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 218 y 219 LCAP o en las respectivas normas de otras administraciones públicas.
- Producen la suspensión indefinida, en tanto subsistan, las causas siguientes: la disminución notoria y continuada de las garantías financieras, económicas o técnicas del empresario que hagan peligrosa para los intereses públicos su colaboración con la administración, sin perjuicio de que haya tenido lugar la revisión de clasificaciones acordadas con anterioridad; incurrir en determinados supuestos de prohibición de contratar;<sup>68</sup> y estar el empresario incursa en alguna de las prohibiciones para contratar de las letras e) y f) del artículo 20 LCAP.

<sup>63</sup> Artículo 33.1 LCAP.

<sup>64</sup> Artículo 33.7 LCAP.

<sup>65</sup> Artículo 33.8 LCAP.

<sup>66</sup> Artículos 33.2, 3 y 4 LCAP.

<sup>67</sup> Los previstos en las letras a), c), d) y j) del artículo 20 LCAP.

<sup>68</sup> Los previstos en la letra b) del artículo 20 LCAP.

La suspensión comporta la pérdida, en tanto subsista, de todos los derechos derivados de la clasificación.<sup>69</sup>

#### *b. El registro de contratistas clasificados*

Los contratistas de la administración que estén clasificados deben figurar inscritos en el registro oficial de empresas clasificadas regulado en el artículo 34 LCAP, debiendo expresar la inscripción en el mismo el contenido de la clasificación respectiva, así como cuantas incidencias se produzcan durante la vigencia de ésta.

La inscripción es preceptiva si la clasificación procede de la Administración General del Estado. Si procede de una Comunidad Autónoma y ésta pretende darle efecto general, es precisa la remisión del correspondiente expediente a la Comisión de Clasificación que corresponda de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la cual, por el procedimiento y dentro del plazo que reglamentariamente dispuestos, ha de dictar acuerdo sobre la inscripción o denegación de la misma, notificándolo a la empresa y a la comunidad autónoma de que se trate.

Las comunidades autónomas pueden establecer y regular sus propios registros.

El registro dependiente del Ministerio de Hacienda y los registros de las Comunidades Autónomas deben facilitar a las otras administraciones, en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas, la información que precisen sobre su contenido respectivo.

El registro oficial de empresas clasificadas depende del Ministerio de Hacienda, correspondiendo su llevanza a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y en el mismo serán inscritos todos los empresarios que hayan sido clasificados por la misma a los fines establecidos en esta Ley.

Tiene como efecto la acreditación de la solvencia, siendo público el acceso a sus datos.

#### *c. Derechos y deberes del contratista*

Los derechos fundamentales del contratista de la administración pública son:

69 Artículo 33.6 LCAP.

- La realización efectiva de la prestación comprometida en el contrato, colaborando con la administración.
- La percepción de la contraprestación debida, que puede descomponerse en los derechos al pago del precio del contrato, a la revisión de precios, al equilibrio económico-financiero (intereses por demora en el pago, compensación por daños derivados del ejercicio de las prerrogativas, del *factum principis* o responsabilidad de la administración), derecho a la revisión de precios<sup>70</sup> y a las restantes contraprestaciones establecidas en el contrato.
- La suspensión e, incluso, la resolución del contrato por demora en el pago y modificación más allá de los límites establecidos, respectivamente.<sup>71</sup>

Son deberes del contratista:

- La ejecución del contrato de conformidad con las previsiones sustantivas y temporales del mismo, incluidas las modificaciones debidamente acordadas (las no aprobadas son por cuenta del contratista).<sup>72</sup>
- La asunción del riesgo inherente a la ejecución del contrato y, por tanto y en su caso, la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios causados a terceros que no sean consecuencia inmediata y directa de órdenes de la administración, ni de vicios del proyecto elaborado por ésta (en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación).<sup>73</sup>
- La prestación en debida forma de garantía.

#### *d. Las garantías a prestar por el contratista*

Para asegurar la seriedad de la participación en los procedimientos de contratación y el cumplimiento debido del contrato, el aspirante a contratista y, en su caso, el contratista debe garantías que son, de un lado, tanto provisionales como definitivas, y, de otro lado, tanto ordinarias, como especiales y complementarias.

<sup>70</sup> Artículos 99, 101, 102 y 103 y ss. LCAP.

<sup>71</sup> Artículos 99.5 y 6 LCAP.

<sup>72</sup> Artículos 94 y 95 LCAP.

<sup>73</sup> Artículo 97 LCAP.

La garantía provisional:<sup>74</sup> Su finalidad es asegurar la seriedad de participación en el procedimiento de contratación y su objeto la cobertura del riesgo de no mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la adjudicación y de la proposición del adjudicatario hasta la formalización del contrato.<sup>75</sup> Su constitución, cuando procede, es, por tanto, un requisito para la participación en el referido procedimiento.

Tienen el deber de constituirla los interesados en el procedimiento de adjudicación, en los siguientes términos:

1. Es preceptiva por determinación legal en los procedimientos de adjudicación abiertos o restringidos de cuantía igual o superior a la fijada en los artículos 135.1, 177.2, y 203.2 LCAP.
2. Puede ser preceptiva por decisión del órgano contratante (para el cual es simplemente una opción) en: los mismos procedimientos del punto 1 anterior que tengan por objeto contratos de cuantía inferior a la señalada en dicho punto, así como contratos administrativos especiales y contratos privados; y en el procedimiento negociado, cuando se interese la oferta de alguno o de algunos empresarios, cualquiera que sea la cuantía del contrato.

En ningún caso es preceptiva la garantía provisional:

- Objetivamente en los supuestos previstos en el artículo 39 LCAP: contratos concertados con empresas concesionarias de servicios públicos referentes a determinados suministros; aquellos contratos en los que el contratista entregue inmediatamente los bienes consumibles o de fácil deterioro antes del pago del precio (salvo que exista plazo de garantía); en los contratos de arrendamiento y sus modalidades de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra; y cuando la empresa suministradora sea extranjera y garantice el cumplimiento de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales.

<sup>74</sup> Artículo 35 LCAP.

<sup>75</sup> Artículo 43.1 LCAP.

— Subjetivamente, para las personas que tengan reconocida esta excepción por Ley general o disposición autonómica (en este caso, para el ámbito territorial correspondiente).<sup>76</sup>

Ha de ser constituida:

I) Por cuantía del 2% del presupuesto del contrato (entendiéndose por tal el establecido por la administración como base de la licitación, salvo en los supuestos en que no se haya hecho previa fijación del presupuesto, en los que se determina estimativamente por el órgano de contratación).

II) En alguna de las siguientes formas: 1) en metálico o en valores públicos o privados, con sujeción, en cada caso, a las condiciones reglamentariamente establecidas, depositados en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o entidades locales en la forma y con las condiciones que reglamentariamente se establezcan; 2) mediante aval prestado, en la forma y condiciones reglamentarias, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España y presentado ante el correspondiente órgano de contratación; y 3) por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y condiciones establecidas reglamentariamente,<sup>77</sup> con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución, debiendo entregarse el certificado del contrato al correspondiente órgano de contratación.

La constitución de garantía global (la constituida con referencia a todos los contratos que celebre un contratista con una administración o con uno o varios órganos de contratación sin especificación singular para cada contrato: artículo 36.2 LCAP) exime de la constitución de la garantía provisional, produciendo la de la global los efectos inherentes a ésta última.

Procede su devolución a los interesados inmediatamente después de: I) la propuesta de adjudicación del contrato en los casos en los que la forma de adjudicación sea la subasta; II) de la adjudicación, cuando la forma de adjudicación sea por concurso, salvo:

<sup>76</sup> Artículo 40 LCAP.

<sup>77</sup> Artículo 57 RGCAP.

1. Las constituidas por los empresarios incluidos en la propuesta de adjudicación o, en su caso, por el adjudicatario (que simplemente se retienen; en caso de no formalización del contrato por causas imputables al contratista, éstos las pierden por proceder su incautación en los términos del artículo 54 LCAP).
2. Las incautadas a las empresas que hayan retirado injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.
3. Las retenidas, en los supuestos de presunción de temeridad,<sup>78</sup> a los empresarios comprendidos en tal presunción, así como al mejor postor o al que presente la oferta más ventajosa de los que no lo estén, hasta que se dicte el acuerdo de adjudicación.

*e. La garantía definitiva (artículo 36 LCAP)*

La finalidad de la garantía definitiva es ya asegurar el completo y correcto cumplimiento del contrato, es decir, su ejecución, pudiendo ser ordinaria, especial y complementaria.<sup>79</sup> Cubre en concreto los siguientes riesgos: las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95 LCAP, cuando no puedan deducirse de las certificaciones; las obligaciones derivadas del contrato, de los gastos originados a la administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución; III) la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el mismo o con carácter general en la LCAP; y en el contrato de suministro IV) la existencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía previsto en el contrato.<sup>80</sup>

Ha de ser constituida por el adjudicatario del contrato antes de la formalización de éste. Pero es posible que lo sea por tercero, en cuyo caso éste no disfruta del beneficio de excusión otorgado por el artículo 1830 del Código Civil,<sup>81</sup> aplicándose las siguientes reglas: I) el avalista o asegurador debe ser considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la LRJPAC; II) en el contrato

<sup>78</sup> Artículos 83.2, b), y 86.3 LCAP.

<sup>79</sup> Artículo 36 LCAP.

<sup>80</sup> Artículo 43.2 LCAP.

<sup>81</sup> Artículo 46 LCAP.

de seguro de caución tiene la condición de tomador del seguro el contratista y la de asegurado la administración contratante, no dando lugar la falta de pago de la prima —sea única, primera o siguientes— derecho al asegurador a resolver el contrato, ni produciendo ninguna de las siguientes consecuencias: la extinción del contrato, la suspensión de la cobertura del asegurador, la liberación de éste su obligación en caso de que deba hacer efectiva la garantía; y III) el asegurador no puede oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

Su constitución:

1. Es preceptiva, con carácter general y cualquiera que haya sido el procedimiento y la forma de adjudicación, para la formalización de cualquier contrato regulado en la LCAP, salvo en los contratos privados en que sólo es preceptiva cuando la acuerde el órgano de contratación.<sup>82</sup>
2. Puede ser objeto de dispensa en los siguientes supuestos: I) en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los administrativos especiales, cuando así se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo motivarse en el expediente de contratación las causas de la dispensa,<sup>83</sup> y II) en el contrato de gestión de servicios públicos, en casos especiales y por acuerdo del Consejo de Ministros.<sup>84</sup>
3. Como excepción, no es necesaria la constitución:
  - Objetivamente, en los contratos de suministro: I) concertados con empresas concesionarias de servicios públicos referentes a suministros de la clase señalada en el artículo 172.1,a) LCAP; II) en los que el contratista entregue inmediatamente los bienes consumibles o de fácil deterioro antes del pago del precio, salvo que exista plazo de garantía y en los de arrendamiento y sus modalidades de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra; III) Cuando la empresa suministradora sea ex-

<sup>82</sup> Artículo 36.1 LCAP.

<sup>83</sup> Artículo 37 LCAP.

<sup>84</sup> Artículo 38.2 LCAP.

tranjera y garantice el cumplimiento del contrato de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales.<sup>85</sup>

- Subjetivamente, cuando se trate de entidades que tengan reconocida esta excepción por leyes generales o disposiciones autonómicas (en este caso, limitada al respectivo ámbito competencial).

La cuantía de la garantía tiene como límite máximo, a observar incluso en caso de acumulación, el representado por el porcentaje del 20% del importe de la adjudicación o, en su caso, del presupuesto base de licitación.

La garantía definitiva asciende, de ordinario, al 4%, bien del importe de adjudicación, bien —cuando el precio del contrato se determine en función de precios unitarios— del presupuesto base de licitación; con la regla específica en caso de adjudicación cuya proposición esté incursa en presunción de temeridad de elevarse su cuantía al 20%, bien del importe de adjudicación, bien —cuando el precio se determine en función de precios unitarios— del presupuesto base de licitación.<sup>86</sup>

Es posible la exigencia de garantías complementarias en los siguientes supuestos: I) en los casos especiales en los que el órgano de contratación incluya en el pliego de cláusulas administrativas particulares que, además de la garantía ordinaria, se preste una complementaria en cuantía no superior al 6% del importe de adjudicación del contrato (con lo que la garantía total de la garantía constituida puede llegar hasta un 10% del citado importe), y II) cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea un sistema de garantías complementarias de hasta un 16% del precio del contrato, en función de la desviación a la baja de la oferta seleccionada respecto de la que se defina como oferta media y de la aproximación de aquélla al umbral a partir del cual las ofertas deban ser consideradas como anormalmente bajas.<sup>87</sup>

En los contratos de gestión de servicios públicos, la cuantía de la garantía definitiva se fija en cada caso por el órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas y a la vista de la naturaleza, importancia y duración del servicio de que se trate.<sup>88</sup>

La garantía ordinaria y las complementarias deben constituirse, a disposición del órgano de contratación, en cualquiera de las siguientes formas:

<sup>85</sup> Artículo 39 LCAP.

<sup>86</sup> Artículo 36.1 y 4 LCAP.

<sup>87</sup> Artículos 36.3 y 5 LCAP.

<sup>88</sup> Artículo 38.1 LCAP.

1. En metálico o en valores públicos o privados, con sujeción, en cada caso, a las condiciones reglamentariamente establecidas, depositados en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o entidades locales en la forma y con las condiciones reglamentariamente fijadas.
2. Mediante aval prestado en la forma y las condiciones reglamentarias, por las entidades previstas en la forma anterior y constituido en los establecimientos en ella también señalados.
3. Por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y las condiciones establecidas reglamentariamente,<sup>89</sup> con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución, debiendo entregarse la póliza en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las comunidades autónomas o entidades locales.<sup>90</sup>

Las formas especiales de constitución son las siguientes: I) mediante afectación de la parte correspondiente de la garantía global (constituida previamente en debida forma) a que inmediatamente haremos mención y II) mediante retención de parte del precio del contrato, en los de consultoría y asistencia, de servicios y administrativos especiales.<sup>91</sup>

Como alternativa a las garantías ordinaria y complementaria, el contratista puede optar por el régimen especial de la garantía global, cuyos elementos esenciales son los siguientes:<sup>92</sup>

- 1) Ha de constituirse mediante aval o por contrato de seguro de caución prestado y celebrado, respectivamente, en la forma y las condiciones requeridas por la LCAP.
- 2) Responde, en todos los contratos a celebrar o celebrados con una administración pública o con uno o varios órganos de contratación, genérica y permanentemente, además del mantenimiento de las proposiciones y de la formalización del contrato (en el supuesto de garantía provisional), del cumplimiento por el adjudicatario de las

<sup>89</sup> Artículo 57 RGCAP.

<sup>90</sup> Artículo 36.1 LCAP.

<sup>91</sup> Artículo 41.3 LCAP.

<sup>92</sup> Artículo 36.2 LCAP.

obligaciones de todos los contratos hasta el 4% o porcentaje mayor que proceda según la LCAP, del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación (cuando el precio se determine en función de precios unitarios), sin perjuicio de que la indemnización de daños y perjuicios a favor de la administración que, en su caso, pueda producirse, quepa ejercitarse sobre el resto de la garantía global.

- 3) La correspondiente caja o establecimiento, a efectos de la constitución de garantías y a solicitud de los interesados, debe emitir certificación comprensiva de la existencia de la garantía global y de la suficiencia de la misma en el plazo máximo de tres días hábiles desde la presentación de la correspondiente solicitud, procediéndose a inmovilizar el importe de la garantía a constituir.

En el caso de las garantías provisionales, si el solicitante no resulta adjudicatario, debe procederse a dejar sin efecto dicha inmovilización y, en caso contrario, debe incrementarse la misma hasta cubrir el importe de la garantía definitiva, especial o complementaria correspondiente, sin perjuicio del reajuste a que haya lugar en los términos del artículo 42 LCAP.

Mientras que en el caso de garantías definitivas, de que ahora se trata, una vez producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista, debe procederse a la liberación del saldo inmovilizado.

El régimen especial de la garantía global se entiende sin perjuicio de las reglas generales de la LCAP en cuanto a responsabilidad de las garantías, cancelación o devolución de las mismas en relación con la inmovilización o incautación del importe de las respectivas garantías.

La constitución de la garantía definitiva debe producirse en el plazo de los quince días siguientes al de notificación de la adjudicación (bajo pena de resolución).<sup>93</sup> E idéntico plazo (y con la misma consecuencia en caso de incumplimiento) rige para:

- I) Las reposiciones o ampliaciones que, en la cuantía precisa, sean necesarias en la garantía constituida desde la fecha en que se ha-

<sup>93</sup> Artículo 41.1 LCAP.

gan efectivas las penalidades o indemnizaciones impuestas al contratista.<sup>94</sup>

- II) Los reajustes precisos (para guardar la debida proporción con el precio) como consecuencia de la variación del precio del contrato derivada de la modificación del mismo, desde la fecha de notificación del acuerdo de modificación.

En la ejecución de las garantías definitivas, la administración goza de preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión. No siendo bastantes para satisfacer las responsabilidades a las que estén afectas, la administración procede al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las respectivas normas de recaudación.<sup>95</sup>

La garantía definitiva no es 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;<sup>96</sup> todo ello, en los términos del artículo 47 LCAP:

- I) Aprobada la liquidación del contrato de que se trate, si no resultan responsabilidades que deban ejercitarse sobre la garantía y transcurrido que sea el plazo de ésta, debe dictarse resolución de devolución de la constituida o de cancelación del aval. En el supuesto de recepción parcial, el contratista únicamente puede solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía, cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En los casos de cesión de contratos no puede procederse a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario. Y en los casos de garantías especiales y complementarias, una vez practicada la recepción del contrato, debe procederse a sustituir la garantía en su día constituida por otra en cuantía de la ordinaria, cuya cancelación procede en los términos ya expuestos.

<sup>94</sup> Artículo 41.2 LCAP.

<sup>95</sup> Artículo 45 LCAP.

<sup>96</sup> Artículo 44 LCAP.

- II) Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato sin que la recepción formal y la liquidación hayan tenido lugar por causas no imputables al contratista, debe procederse, 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 43 LCAP.

*f. La sucesión en el contrato: cesión de contrato y subcontratación*

Dada la relevancia de las condiciones subjetivas del contratista para la actividad contractual de la administración, obvio resulta que la alteración de este elemento de la relación contractual está sujeta a limitaciones. Dos son los supuestos posibles: la cesión —total o parcial— del contrato y la subcontratación.

*g. Cesión del contrato<sup>97</sup>*

Cabe la cesión a tercero de los derechos y obligaciones dimanantes del contrato siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

Toda cesión ha de cumplir los siguientes requisitos:

- I) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión (no afecta a la validez del contrato pero sí a la eficacia de la cesión).
- II) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o realizada la explotación —en el de gestión de servicios públicos— al menos durante una quinta parte del tiempo de duración del contrato.
- III) Que el cessionario tenga capacidad para contratar con la administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 al 20 LCAP, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.
- IV) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cessionario, en escritura pública.

<sup>97</sup> Artículo 114 TRLCAP.

En ningún caso puede la administración autorizar la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar.

La cesión, una vez efectiva, produce la subrogación del cessionario en todos los derechos y obligaciones del cedente.

#### *h. Subcontratación<sup>98</sup>*

En este supuesto no hay propiamente sustitución del contratista, pero la alteración del elemento subjetivo de la relación contractual es relevante desde el punto de vista de la garantía del correcto cumplimiento del contrato, pues éste va a ser ejecutado parcialmente por terceros (subcontratistas). Es siempre posible, salvo prohibición o disposición en contra del contrato o que de la naturaleza y condiciones de éste se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. Pero tiene un límite claro, en ningún caso puede concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20 LCAP (con excepción del supuesto de su letra k) o que estén incursas en suspensión de clasificaciones. La subcontratación (así como el contrato de suministro suscrito por el contratista de contrato administrativo) tiene siempre naturaleza jurídico-privada.

La subcontratación debe cumplir los siguientes requisitos:

- I) Que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista.

Excepción a la regla anterior: en los contratos de carácter secreto o reservado o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación precisa autorización expresa del órgano de contratación.

- II) Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50% del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

98 Artículo 115 LCAP.

En el supuesto de que la previsión anterior no figure en el pliego, el contratista puede subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50% del importe de adjudicación.

III) Que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 99.4 LCAP para las relaciones entre la administración y el contratista.

En materia de pagos, la subcontratación (así como los suministros derivados de un contrato administrativo) debe cumplir las siguientes reglas:

1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores, el precio pactado en los plazos y condiciones que resultan de las subsiguientes reglas.
2. Los plazos fijados han de ser determinados desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del periodo a que corresponda.
3. La aprobación o conformidad debe otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deben formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.
4. Salvo lo dispuesto en la regla 5, el contratista debe abonar las facturas en el plazo de sesenta días desde su conformidad a las mismas. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tienen derecho al cobro de intereses. El tipo de interés que se aplica a las cantidades adeudadas es el legal del dinero, incrementado en 1,5 puntos.
5. Cuando el plazo de pago se convenga más allá de los sesenta días establecidos en la regla anterior, dicho pago debe instrumentarse mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria, y cuando el plazo de pago supere los ciento veinte días, el subcontratista o el suministrador puede exigir, además, que se garantice mediante aval.

Como regla general la subrogación no produce alteración en la relación entre la administración y el contratista, quedando los subcontratistas obligados sólo ante el contratista principal, que es quien sigue asumiendo, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

#### *4. Los elementos objetivos de la relación contractual*

Los elementos objetivos fundamentales de la relación contractual son: su objeto, la prestación comprometida y el precio de ésta. Su determinación se produce jurídica y técnicamente a través de los pliegos de condiciones y, en su caso, de los proyectos.

##### *A. La determinación del objeto del contrato*

Los pliegos tienen como función concretar —jurídica y técnicamente— la voluntad administrativa de contratación en el marco de la legalidad aplicable (en primer lugar la LCAP y sus normas de desarrollo). Son de dos clases: de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, que, a su vez, pueden ser generales (para toda la actividad contractual) y particulares (para contratos determinados).

###### *a. Los pliegos de prescripciones técnicas<sup>99</sup>*

Estos pliegos definen técnicamente el objeto del contrato en términos que excluyan indebidas discriminaciones.

Son de dos clases:

1. Los generales, que deben ser aprobados para la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y las entidades públicas estatales, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación, por el Consejo de Ministros.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Artículos 51 y 52 LCAP.

<sup>100</sup> Artículo 51.2 LCAP.

2. Los particulares, que contienen las prescripciones que deban regir la ejecución de la prestación de acuerdo con los requisitos legales establecidos para cada tipo de contrato, deben elaborarse antes de la autorización del gasto y aprobarse por el órgano de contratación. Su formulación y aprobación es preceptiva.<sup>101</sup>

Unos y otros pliegos:

- Se entienden sin perjuicio de las instrucciones y los reglamentos técnicos nacionales obligatorios.
- Se establecen por relación a (con especificación de los casos en que puede prescindirse de los mismos): I) normas nacionales que transpongan normas comunitarias; II) documentos de idoneidad técnica europeos; III) especificaciones técnicas comunes a los Estados miembros de la UE. Y, en defecto de tales normas, por relación a: normas nacionales que transpongan normas internacionales; normas nacionales; otras normas.<sup>102</sup>
- No pueden incluir (salvo que el objeto del contrato lo justifique): I) menciones de productos de fabricación o procedencia determinadas; II) procedimientos especiales que tengan por objeto favorecer determinadas empresas o determinados productos; III) indicaciones de marcas, patentes o tipos; IV) alusiones a un origen o producción determinados (salvo que no exista posibilidad de definición del objeto de forma inteligible o precisa, si se acompaña de las palabras «o equivalente»).

Si han participado en su elaboración empresas, éstas no pueden participar en la licitación de los contratos correspondientes, si ello afecta a la libre concurrencia o supone trato privilegiado respecto al resto de licitadores.<sup>103</sup>

#### *b. Los pliegos de cláusulas administrativas<sup>104</sup>*

Los pliegos de cláusulas administrativas son también de dos clases:

<sup>101</sup> Artículo 51.1 LCAP.

<sup>102</sup> Artículo 52.1 LCAP.

<sup>103</sup> Artículos 52.2 y 3 LCAP.

<sup>104</sup> Artículos 48, 49 y 50 LCAP.

1. Los pliegos generales (de la Administración General del Estado para sí misma y para los organismos autónomos, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social y las demás entidades públicas estatales; de las administraciones de las comunidades autónomas y de sus organismos y entidades; y de las entidades de la administración local) tienen naturaleza normativa y la función de determinar el contenido en derechos y obligaciones de la relación contractual, correspondiendo su aprobación al Consejo de Ministros u órgano pertinente de la comunidad o de la entidad local, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente.<sup>105</sup> Su formulación y aprobación es potestativa.

Tienen como efecto la vinculación a su contenido de los pliegos particulares, si bien es posible la aprobación de éstos conteniendo estipulaciones que se aparten de aquél previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en el caso de la Administración General del Estado; artículo 50 LCAP).

2) Los pliegos particulares, que tienen naturaleza contractual e incluyen ya los pactos y las condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que han de asumir las partes en el contrato concreto (deben aprobarse previa o conjuntamente con la autorización del gasto y siempre antes de la perfección o, en su caso, licitación del contrato).<sup>106</sup>

Caben modelos de general aplicación para contratos análogos. Estos pliegos deben ser informados previamente, en la Administración General del Estado, por la Asesoría Jurídica correspondiente. Su aprobación corresponde al órgano de contratación. Los contratos deben ajustarse a estos pliegos, cuyo contenido se considera parte integrante de los mismos. Su formulación y aprobación es preceptiva.

#### *B. El objeto del contrato*

El objeto del contrato debe reunir las siguientes condiciones:<sup>107</sup>

- I) Ser determinado (en caso de pluralidad de objetos, cada una de las prestaciones debe estar definida con independencia de las demás).

<sup>105</sup> Artículo 48 LCAP.

<sup>106</sup> Artículo 49 LCAP.

<sup>107</sup> Artículos 13 y 68 LCAP y 2o. RGCAP.

- II) Ser necesario para los fines del servicio público (la actividad administrativa) correspondiente, quedando debidamente justificada su necesidad en el expediente de contratación.
- III) No condicionar la prestación del contratista a indicaciones o resoluciones administrativas posteriores a la celebración del contrato, salvo lo dispuesto en los artículos 125 y 172, a) LCAP para los contratos mixtos de reacción de proyecto y ejecución de obra y para el contrato de suministro.
- IV) Ser completo por no haber sido indebidamente fraccionado, comprendiendo todos los elementos que sean precisos.

La LCAP se preocupa especialmente, en efecto, de la integridad del objeto, prohibiendo su fraccionamiento para disminuir la cuantía del contrato, eludir los requisitos de publicidad o la forma de adjudicación que corresponda.

Cabe no obstante el fraccionamiento cuando el objeto lo admite y si se justifica debidamente en el expediente, mediante la previsión de la realización independiente de cada una de sus partes gracias a la división de éstas en lotes, siempre que aquéllas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija el objeto del contrato.

#### *C. El precio y el pago (artículo 14 LCAP)*

El precio de los contratos debe reunir las siguientes características:

- I) Ser cierto, sin perjuicio de su fijación en forma alzada o descomptada por precios unitarios y de la posibilidad de su variación en función de las mediciones de las unidades ejecutadas o realizadas, de la revisión del propio precio o de la modificación del contrato.
- II) Ser adecuado al mercado.
- III) Estar expresado en moneda oficial (euros), sin perjuicio de que el pago deba efectuarse en otra moneda (en cuyo caso el precio ha de expresarse también, en términos de máximo, en la clase de divisa de que se trate).

La fijación del precio en el contrato implica la asunción por la administración de un compromiso económico de realización del correspondiente gasto, lo que conduce a la regulación de la gestión presupuestaria y econó-

mico-financiera en general. Quiere decirse, pues, que supone —bajo pena de nulidad— la existencia de crédito presupuestario autorizado suficiente en el estado de gastos<sup>108</sup> y la observancia del procedimiento de autorización y realización del gasto y de las reglas que ordenan dicha autorización y realización cuando el gasto sea plurianual.<sup>109</sup> A este efecto, la financiación de los contratos debe ajustarse al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin las medidas necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el periodo de ejecución (esta regla no rige para los contratos cuyo pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, en los que el límite máximo para el pago es de cuatro años a partir de la adjudicación, salvo que se acuerde otro límite mayor con autorización del Consejo de Ministros).

Para el pago del precio rigen, sin perjuicio de las de gestión presupuestaria, las siguientes reglas:

- Debe realizarse en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido.
- Se prohíbe el pago aplazado, excepto cuando lo autorice una ley (como la propia LCAP) o el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o el sistema de arrendamiento con opción de compra.

#### *D. La revisión del precio (artículos 103 a 108 LCAP)*

La revisión tiene por objeto actualizar el precio para evitar el perjuicio económico del contratista en su actividad de colaboración en la satisfacción del interés general. Esta técnica juega siempre, salvo en los contratos cuyo pago se concierte por el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra.

Su aplicación requiere:

1. El transcurso de al menos un año desde la adjudicación del contrato (de modo que el primer año de vida del contrato en ningún caso puede incluirse en una revisión del precio).

<sup>108</sup> Artículo 60 LGP.

<sup>109</sup> Artículo 61 LGP.

2. La ejecución de más del 20% del importe del contrato (de modo que dicho porcentaje nunca es susceptible de ser objeto de una revisión).
3. Su no exclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares (sobre la base de una resolución previa motivada).

Se lleva a cabo mediante la fórmula o sistema que debe detallar el pliego de cláusulas administrativas particulares, bien por remisión a fórmulas tipo (establecidas para los contratos de obras y de suministros de fabricación), bien definiendo —por inadecuación de las tipo— una fórmula especial (que ha de ser aprobada por el Consejo de Ministros), y que es invariable durante la vida del contrato, determinando la revisión en cada fecha respecto de la fecha final de plazo de presentación de ofertas en la subasta y en el concurso y la de adjudicación en el procedimiento negociado.

Las fórmulas tipo (para los indicados contratos), cuya fijación corresponde al Consejo de Ministros a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación administrativa, deben reflejar la participación en el objeto del contrato de la mano de obra y de los restantes elementos básicos y publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* (debiendo revisarse cada dos años como mínimo).

Los índices mensuales de precios (comprendidos en las fórmulas), que deben reflejar las variaciones de precios (las oscilaciones reales del mercado) y pueden ser únicos para todo el territorio o por zonas geográficas, se aprueban por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que los publica en el *BOE*.

Mediante la aplicación de los índices en las fórmulas de revisión se calcula el coeficiente de ésta última en cada periodo susceptible de la misma (existen reglas especiales para los periodos en que el contratista hubiera incurrido en mora: artículo 107 LCAP), aplicándose sus resultados a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión.

El pago del importe de las revisiones debe hacerse efectivo mediante abono o descuento en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato (cuando no haya podido incluirse en aquéllos).

##### *5. Los elementos formales de la relación contractual*

Los contratos regulados por la LCAP, que se perfeccionan mediante la adjudicación por el órgano de contratación (cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, precisan:

1. Ser debidamente formalizados y registrados, como regla general.
2. Ser remitidos (en copia certificada), y comunicadas sus modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción, al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización correspondiente de la comunidad autónoma, cuando excedan de 601.012,10 euros (los de obras y de gestión de servicios públicos), 450.759,08 euros (los de suministros) y 150.253,03 euros (los de consultoría y asistencia, de servicios y administrativos especiales), quedando los restantes sujetos a la facultad de los aludidos órganos de reclamar a la correspondiente administración cuántos datos, documentos y antecedentes consideren pertinentes.<sup>110</sup>
3. Ser objeto de información estadística (los datos precisados reglamentariamente, junto con las modificaciones, prórrogas, variaciones y plazos y extinciones que les afecten) a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda a los efectos del cumplimiento de la normativa internacional.<sup>111</sup>

#### *A. La formalización del contrato (artículos 53 a 56 LCAP)*

Como regla general, los contratos regulados por la LCAP deben formalizarse en documento administrativo (constitutivo de título suficiente para el acceso a cualquier registro público), aunque —a solicitud y a costa del contratista— puede elevarse a escritura pública.

Salvo excepción legal, la formalización exige el cumplimiento previo de los siguientes requisitos: I) la adjudicación del contrato; y II) por el adjudicatario de las garantías establecidas para la salvaguarda de los intereses públicos.

La formalización, que debe tener lugar dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, comprende: los pactos o estipulaciones estrictamente contractuales y el pliego de cláusulas administrativas, así como, en su caso, el de prescripciones técnicas. Excepción la constituye el contrato menor (determinados por la cuantía según los artículos 121, 176 y 201 LCAP y con una duración no superior a un año, sin posibilidad de prórroga, ni de revisión de precios), para cuya formalización basta, aparte la exigencia eventual de proyecto, la in-

<sup>110</sup> Artículo 57 LCAP.

<sup>111</sup> Artículo 58 LCAP.

corporación al expediente de contratación del presupuesto de las obras (en el contrato de este tipo) y en todo caso la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos.

La concurrencia de circunstancias calificables como situación de emergencia es la única que autoriza a la administración a contratar verbalmente, es decir, sin formalización documental alguna.

La no formalización en plazo del contrato:

- I) Apodera a la administración para resolverlo, previa audiencia del interesado y, si hay oposición del contratista, previo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, con incautación de fianza provisional y exigencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados al interés público, si es por culpa del contratista.
- II) Obliga a la administración a indemnizar al contratista por los daños y perjuicios causados por la demora, con independencia de que dicho contratista pueda pedir la resolución del contrato, si es por culpa de la administración.

#### *B. El registro público de contratos (artículo 118 TRLCAP)*

El deber de comunicación de datos relativos a la actividad contractual a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y órganos similares de las restantes administraciones, que ya nos consta, permite el establecimiento y funcionamiento del registro público de contratos a cargo de la referida Junta, así como los que gestionen los otros órganos, que deben coordinarse entre sí.

El registro público de contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa constituye el soporte de la estadística sobre contratación pública para fines estatales. Los datos del registro deben hacerse públicos en la forma determinada reglamentariamente.

#### *6. La fase preparatoria de la actividad contractual propiamente dicha*

En la actividad contractual de la administración pública deben distinguirse nítidamente dos grandes fases: la preparatoria del establecimiento y el de-

sarrollo de la relación contractual y la integrada por la vida de esta última. Sólo la segunda es propiamente bi/o multilateral, pues la primera, en tanto que dirigida a la formación de la voluntad para contratar de la administración y a la selección del contratista se traducen en una actividad formalizada propiamente unilateral, que entra desde luego en la órbita de la regulada con el carácter de ordenación común a toda la de las administraciones públicas, pero que tiene su asiento en la LCAP por razones de su íntima trabazón con la contractual en sentido estricto. De ahí que de lugar a actos denominados «separables» de las correspondientes relaciones contractuales, que son siempre —con independencia de la naturaleza del contrato de que se trate— jurídico-administrativos.

La aludida primera fase se descompone, a su vez, en dos etapas: la de las llamadas actuaciones administrativas preparatorias de los contratos (que se traduce en la tramitación de los pertinentes expedientes de contratación) y la consistente en el procedimiento de adjudicación.

#### *A. Las actuaciones preparatorias de los contratos (artículos 67 a 72 LCAP)*

La finalidad de esta fase no es otra, como acabamos de decir, que la formación de la voluntad de la administración de que se trate para contratar con un objeto determinado. De ahí que en ella deban establecerse el objeto del contrato a celebrar y las características del sujeto colaborador en la ejecución en función de la prestación en que éste se deba traducir para poder formar la referida voluntad y sujetarla al pertinente control interno relativo a la comprobación del cumplimiento de los principios jurídicos a los que está sujeta la contratación pública.

De ello se sigue que esta fase:

- I) Se traduce en la incoación, tramitación y resolución de un procedimiento administrativo interno a la propia administración, sin perjuicio de su relevancia para la corrección del desarrollo de la ulterior fase de selección del contratista y del contrato mismo a celebrar.
- II) Y un procedimiento administrativo, además, de contenido complejo por razón de su objeto y de la ordenación de sus trámites.

El régimen legal de esta fase puede resumirse así:

1. Incoación del procedimiento: siempre se produce de oficio por el órgano de contratación, debiéndose justificar en ella la necesidad de la contratación.
2. El objeto del procedimiento, cuya tramitación queda reflejada en el correspondiente expediente de tramitación, consiste en la producción (con incorporación al expediente) de todos los documentos que van a determinar el contrato.<sup>112</sup> Consecuentemente da lugar tanto a una actividad real y técnica (determinación de las especificaciones técnicas y de las cláusulas administrativas particulares, por ejemplo), que puede ser realizada directamente por la propia administración o encomendada a terceros (dando lugar así a una paralela actividad contractual para la celebración de contrato de consultoría o asistencia técnica), como a una actividad jurídica interna a la propia administración (informes, fiscalizaciones, aprobaciones). Y tiene un contenido variable en función del contrato a suscribir (es muy simple, por ejemplo en los contratos menores), pero, con carácter general, incluye la elaboración de la memoria pertinente para la justificación de la contratación, el presupuesto previsto y los pliegos particulares que deban regir la relación contractual. En todo caso, toda la actividad descrita debe observar los principios generales de la contratación pública y, en particular, el de compleción del objeto del contrato y los de fiscalización del gasto.
3. Su tramitación puede desarrollarse conforme a una distinta ordenación, según concurran o no razones de urgencia o, incluso, emergencia.

La tramitación urgente procede en los supuestos de necesidad inaplazable y de procedencia de la aceleración de la adjudicación. La urgencia debe justificarse en la pertinente declaración y produce los siguientes efectos: I) preferencia en el despacho para todos los órganos intervinientes (cinco días, prorrogables por razón de complejidad, para emisión de informes); II) reducción a la mitad de los plazos para la licitación y la adjudicación (observancia en todo caso de los plazos dispuestos por el derecho comunitario); III) posibilidad de decisión de la anticipación del comienzo de la ejecución a la formalización del contrato (siempre previa constitución

<sup>112</sup> Artículo 67 TRLCAP.

de la pertinente garantía); y IV) perentoriedad y brevedad del plazo de comienzo de la ejecución (no superior a dos meses desde la adjudicación, bajo pena de resolución *ex lege* salvo que el retraso obedezca a causas ajenas a las partes y así se haga constar en resolución motivada).<sup>113</sup>

La tramitación de emergencia procede en los supuestos de necesidad de actuación inmediata por causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional. Dándose uno de ellos se suspende legalmente la sujeción a los requisitos legales, quedando autorizada la administración para ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento acaecido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto en todo o en parte y librándose inmediatamente los fondos precisos para hacer frente a los gastos con el carácter de justificar. Así debe acordarse en todo caso formalmente, procediendo simultáneamente a la retención del crédito necesario o a la formalización de la documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.

De los acuerdos de actuación en régimen de emergencia debe darse cuenta, en el ámbito de la entera Administración General del Estado y dentro de los sesenta días siguientes, al Consejo de Ministros. En las otras administraciones debe procederse conforme disponga la legislación aplicable (en la local, la LrBRL y restantes normas de régimen local).

Ejecutadas las actuaciones de emergencia, debe procederse a la cumplimentación de los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto realizado. El resto de las actuaciones que sean precisas para alcanzar los objetivos propuestos, pero que no estén cubiertas ya por la emergencia, deben contratarse conforme al procedimiento ordinario.<sup>114</sup>

En la tramitación ordinaria, los trámites esenciales, tras la incoación, son los relativos a la comprobación de la existencia del crédito (certificado de existencia, retención), la fiscalización y aprobación del gasto; y al informe jurídico (sobre los pliegos).

El procedimiento finaliza con la aprobación del expediente, que implica normalmente (salvo desconcentración) la aprobación del gasto.<sup>115</sup> Esta aprobación ha de disponer simultáneamente la apertura del procedimiento de adjudicación. Cabe obviamente también una terminación anormal del proce-

<sup>113</sup> Artículo 71 LCAP.

<sup>114</sup> Artículo 72 LCAP.

<sup>115</sup> Artículo 69.1 LCAP.

dimiento conforme a lo dispuesto en la LRJPAC: el transcurso del plazo máximo para resolver sin dictado de resolución alguna determina, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, la caducidad.

*B. Los procedimientos y las formas de adjudicación de los contratos*

*a. Consideraciones generales*

Esta fase de la actividad contractual tiene por objeto principal la selección en el mercado de la mejor oferta (objetiva y subjetivamente) conforme a los principios que rigen la entera actividad administrativa (los constitucionales: objetividad, servicialidad, eficacia eficiente, con relación al interés general, y los comunitario-europeos incorporados: transparencia, igualdad-no discriminación, publicidad y concurrencia). Cumple asimismo una función de garantía para los interesados en contratar con la administración.

Tres son los procedimientos que pueden ser utilizados para seleccionar el contratista y, por tanto, para adjudicar los contratos: I) abierto, II) restringido y III) negociado. En cada uno de esos procedimientos pueden utilizarse, a su vez, dos tipos de criterios distintos para proceder a la adjudicación: el de subasta y el de concurso.

Los procedimientos son: I) ordinarios; categoría, que comprende el abierto, en cualquier empresario interesado (que cumpla con las condiciones de capacidad) puede presentar una proposición,<sup>116</sup> y el restringido, en el que sólo pueden presentar proposiciones los empresarios previamente seleccionados por la administración de acuerdo con los criterios previamente establecidos y a solicitud de los mismos,<sup>117</sup> y II) extraordinario; categoría, que únicamente incluye el negociado (procedente exclusivamente en los supuestos previstos en el libro II LCAP), en el que el contrato es adjudicado al empresario justificadamente elegido por la administración, previa consulta y negociación de sus términos con uno o varios empresarios.<sup>118</sup>

Los criterios legales de adjudicación, que pueden ser utilizados en los procedimientos abierto y restringido, se determinan así:

<sup>116</sup> Artículo 73.2 LCAP.

<sup>117</sup> Artículo 73.3 LCAP.

<sup>118</sup> Artículo 73.4 LCAP.

- La subasta ha de versar sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo.<sup>119</sup>
- El concurso determina que la adjudicación debe recaer en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la administración a declararlo desierto.<sup>120</sup>

A los efectos de conseguir la mejor oferta económica y observar el principio de buena administración, la administración debe justificar en el expediente la elección del procedimiento y la forma de adjudicación, atendiendo a las siguientes reglas: I) posibilidad de opción entre el procedimiento abierto y restringido, con restricción del recurso al negociado a los supuestos autorizados por la LCAP; y II) empleo normalmente de la subasta y el concurso como formas de adjudicación (posibilidad de opción, pues, entre ambas).<sup>121</sup>

*b. Reglas generales a todos los procedimientos*

1) Procedimentales

Pueden resumirse así:

1. En cuanto a su estructura, los procedimientos comprenden los siguientes trámites esenciales: oferta de contratación de la administración, concurrencia de interesados, selección del contratista, adjudicación y formalización del contrato.
2. Rigen toda la actividad procedural, salvo excepción legal, los principios generales de publicidad y concurrencia,<sup>122</sup> con más los de igualdad y transparencia.
3. Los procedimientos presentan las siguientes especialidades:

<sup>119</sup> Artículo 74.2 LCAP.

<sup>120</sup> Artículo 74.3 LCAP.

<sup>121</sup> Artículo 75 LCAP.

<sup>122</sup> Artículo 11 y disposición adicional sexta LCAP.

- Con inversión de la regla general de la LRJPAC, a efectos del cómputo de plazos se entiende que los días son naturales, salvo que expresamente se indique que son hábiles.<sup>123</sup>
  - A efectos del juego de la fijación legal de los importes de los contratos se entiende, salvo que expresamente se indique lo contrario, que en el determinado está incluido el IVA (así como, en su caso y para los territorios en que rijan las correspondientes figuras tributarias, el IGIC y el IPSI).<sup>124</sup>
4. Todos los procedimientos ofrecen, a efectos de la transparencia y la objetividad, las garantías derivadas de la objetivación de la elección del tipo de procedimiento y criterio de adjudicación (elección, que ha de justificarse: artículo 75.2 LCAP); la publicación de la licitación o, en su caso, la invitación a un número mínimo de empresas;<sup>125</sup> la presentación de proposiciones, en igualdad de condiciones y en los términos del artículo 79 LCAP (lo que implica la aceptación del pliego de cláusulas administrativas particulares), con admisión de la posibilidad de variantes,<sup>126</sup> y la publicación de la adjudicación, que sin embargo tiene excepciones.<sup>127</sup>

La adjudicación debe ser notificada a los participantes en el procedimiento y comunicada, después de formalizada, al registro público de contratos, así como, además, publicarse en los casos y en los diarios oficiales determinados en los números 2 y 3 del artículo 93 LCAP. Excepcionalmente puede omitirse la publicación cuando la divulgación de la información constituya un obstáculo a la aplicación de la legislación, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o pueda perjudicar la competencia leal entre ellas, así como en los casos de los artículos 141, f); 159.2, c); 182, h) y 210, g) LCAP, justificando las correspondientes circunstancias en el expediente.

En todo caso y cuando así lo solicite un candidato o licitador y dentro de los 15 días siguientes a su solicitud, y debe comunicarse al mismo los moti-

<sup>123</sup> Artículo 76 LCAP.

<sup>124</sup> Artículo 77 LCAP.

<sup>125</sup> Artículos 78 y 92.1 LCAP.

<sup>126</sup> Artículos 80 y 87 LCAP.

<sup>127</sup> Artículo 93 LCAP.

vos del rechazo de su candidatura o proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor o, en su caso, de la renuncia de la administración a un contrato ofertado o al reinicio del procedimiento (en estos dos últimos casos debe informarse asimismo a la Oficina de Publicaciones de la UE cuando el contrato haya sido anunciado en el DOCE).

## 2) El órgano competente para la instrucción del procedimiento

Salvo que la organización administrativa actuante tenga constituida una Junta de Contratación,<sup>128</sup> el órgano de contratación ha de asistirse, para la instrucción, de una Mesa de Contratación.<sup>129</sup>

Las Juntas de Contratación, cuando existan, operan como órganos no sólo de instrucción, sino también de contratación, si bien su competencia se halla limitada a los tipos de contratos y, dentro de éstos, a los de cuantía y características que determine el órgano competente para ello dentro de los enumerados en el artículo 12.4 LCAP (en la Administración General del Estado, el titular del departamento correspondiente).

Su composición está remitida al nivel reglamentario, pero con la determinación de que en ellas debe participar al menos de un funcionario de entre los que tengan atribuido el asesoramiento legal del órgano de contratación y un interventor.

Las Mesas de Contratación son, por el contrario, órganos de pura instrucción y propuesta (preceptivos en los procedimientos abierto y restringido de adjudicación y potestativos en el procedimiento negociado), cuyos miembros (presidente, vocales y secretario; debiendo pertenecer éste último al personal al servicio del órgano de contratación) son designados por el titular de este último órgano. Puede solicitar cuantos informes técnicos considere oportunos y se relacionen con el objeto del contrato y su propuesta produce el efecto de obligar al órgano de contratación a motivar su resolución cuando ésta se aparte de aquélla.

La composición se regula legalmente en los mismos términos que la Junta de Contratación.

<sup>128</sup> Artículo 12.4 LCAP.

<sup>129</sup> Artículo 81 LCAP.

c. El procedimiento abierto de adjudicación

1) Iniciación: el anuncio de la licitación<sup>130</sup>

La preceptividad del anuncio de la licitación<sup>131</sup> cumple la función de asegurar la transparencia y la concurrencia en condiciones de igualdad.

El deber general de publicidad que pesa sobre la administración afecta a:

1. El medio a utilizar, según que los contratos a celebrar estén sujetos a las directivas comunitarias (el medio ha de ser el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y el *Boletín Oficial del Estado*) o no (el medio ha de ser el o los diarios oficiales internos correspondientes, según la administración actuante).<sup>132</sup> Nada impide emplear otros medios de publicidad, como los electrónicos.
2. El contenido de los anuncios está normalizado.<sup>133</sup>
3. La publicación del anuncio produce la congelación del contenido de la oferta de la administración y la apertura del plazo de licitación.

Las reglas sobre la publicación de los anuncios pueden resumirse así:

- Anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* (puede sustituirse en caso de contratación autonómica o local por anuncio en el *Boletín* o *Diario* correspondiente), siempre que no sea preceptivo el anuncio en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

En el procedimiento abierto debe efectuarse como mínimo 15 días (26 en los contratos de obras) antes del último día de presentación de proposiciones, en procedimiento abierto.

- Anuncio, además, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, cuando así esté establecido en cada caso, conforme al procedimiento y el modelo oficial de la UE (es posible hacerlo siempre voluntariamente).

<sup>130</sup> Artículo 78 LCAP.

<sup>131</sup> Artículo 78.1 LCAP.

<sup>132</sup> Artículo 78 LCAP.

<sup>133</sup> Anexos VII y VIII del RGCP.

El envío del anuncio al *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* debe preceder a cualquier otra publicidad, la cual no puede contener indicaciones distintas de las incluidas en él.

## 2) La formulación de proposiciones<sup>134</sup>

Las proposiciones son secretas, debiéndose arbitrar los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación y su contenido ha de ajustarse al modelo oficial establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, acompañado —en sobre aparte— de los documentos acreditativos de las condiciones necesarias para licitar (relativos a personalidad, clasificación o extremos sustitutivos de ésta, resguardo de garantía provisional, sometimiento a la jurisdicción española con renuncia al extranjero en el caso de empresas extranjeras y los demás especificados en el pliego de cláusulas administrativas y el anuncio). Y deben presentarse dentro del plazo fijado en el anuncio de la licitación. La presentación implica como suyo la presunción legal de la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas administrativas del pliego que rija la licitación.

Cada licitador puede presentar, individualmente o formando parte de una unión temporal, una única proposición; regla ésta, cuya infracción determina la no admisión de todas las proposiciones que haya presentado.

Si durante la tramitación del procedimiento y antes de la adjudicación se produce la extinción de la personalidad de la empresa participante por fusión, escisión o transmisión de su patrimonio, la empresa resultante de la fusión, beneficiaria de la escisión o adquirente del patrimonio le sucede en su posición en el procedimiento, siempre que reúna las condiciones exigibles para poder participar en la licitación.

## 3) La instrucción, propuesta y resolución

La Junta de Contratación o, en su caso, la Mesa de Contratación (que ha de constituirse al efecto) ha de llevar a efecto todos los actos de instrucción precisos para la formulación de propuesta de resolución.

Supuesto de aplicación de la forma de adjudicación mediante subasta.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> Artículos 79 y 80 TRLCAP.

<sup>135</sup> Artículos 82 a 84 LCAP.

La Junta o, en su caso, la Mesa de Contratación, tras abrir y calificar con carácter previo los documentos presentados en tiempo y forma y, por ello, admitidos (cabe la posibilidad de la subsanación de los defectos que se consideren subsanables en el plazo que se otorgue al efecto: artículo 81.2 RGCAP), debe proceder a:

- I) La apertura, en acto público, de las ofertas admitidas.
- II) La formulación de propuesta de resolución al órgano de contratación.

La propuesta de adjudicación debe efectuarse a favor del mejor postor, analizando, si procede, las bajas temerarias o desproporcionadas. No crea derecho alguno a favor de quien sea propuesto frente a la administración, mientras no se produzca la adjudicación por el órgano de contratación (se mantiene la garantía provisional para el o los propuestos).

De incumplirse el plazo máximo para resolver, el empresario tiene derecho a retirar su proposición y a la que se le devuelva o cancele la garantía provisional.

La resolución del órgano de contratación, que debe producirse dentro de los veinte días siguientes a la apertura de las ofertas en acto público, debe acomodarse a la propuesta, excepto en los casos siguientes:

1. Apreciación, previo dictamen preceptivo del Servicio Jurídico del órgano de contratación, de formulación de la propuesta con infracción del ordenamiento jurídico.

En este supuesto, la convocatoria ha de quedar sin efecto, salvo que las infracciones afecten exclusivamente al licitador en cuyo favor se realiza la propuesta, en cuyo caso la adjudicación debe producirse a favor del siguiente postor no afectado por la infracción.

2. Presunción fundada de que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación cuando las circunstancias así lo aconsejen.

En este supuesto, la Mesa debe notificar las circunstancias apreciadas a los interesados, quedando ampliado al doble el plazo para resolver. La desproporción o temeridad debe ser objeto de declaración, conforme con los criterios objetivos reglamentarios<sup>136</sup> y previa solicitud de información a to-

<sup>136</sup> Artículos 85 y 86 RGCAP.

dos los licitadores supuestamente comprendidos en tal circunstancia, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

A la vista de los anteriores trámites, la adjudicación debe recaer en la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la administración (con exigencia de constitución de garantía definitiva por cuantía del 20% del importe de la adjudicación) y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando la decisión así adoptada ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión Europea (cuando el anuncio de licitación haya sido publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*).

Supuesto especial es el de resolución del contrato ya adjudicado, bien por no formalización del mismo por culpa del adjudicatario, bien por incumplimiento en la ejecución por parte del contratista: la administración puede proceder sin más a adjudicar el mismo contrato al licitador o licitadores siguientes, por orden de sus ofertas, siempre que ello sea posible y el adjudicatario acepte, antes de proceder a una nueva convocatoria.

#### 4) Supuesto de adjudicación mediante concurso<sup>137</sup>

Esta forma de adjudicación procede cuando en los contratos de cuya celebración se trate la selección del empresario no deba efectuarse exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo y, en particular, en los siguientes:

I) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos por la administración y deban ser presentados por los licitadores.

II) Aquéllos en los que el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada puede ser mejorada por otras soluciones técnicas a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes o por reducciones en el plazo de ejecución.

III) Aquéllos para la realización de los cuales facilite la administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

IV) Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

<sup>137</sup> Artículos 85 a 90 LCAP.

Los criterios de adjudicación se rigen por el principio de baremación, exigente de la previa fijación y ponderación de los que deban aplicarse para la resolución del procedimiento y que son:

1. Positivos, ordenados por importancia para su ponderación relativa en la fase de la valoración pertinente y, en su caso, también.
2. Negativos (umbral mínimo para continuar en el procedimiento; criterios de valoración de las proposiciones temerarias con cumplimiento de lo dispuesto en el régimen de subasta).

El pliego de cláusulas administrativas particulares debe contener, en efecto, los criterios objetivos que deben servir de base para la adjudicación (precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución o entrega, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa, etcétera). Y estos criterios deben indicarse por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, con posibilidad de concretar la fase de valoración en que han de operar y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación exigible al licitador para poder continuar en el proceso selectivo y los criterios objetivos conforme a los que deba apreciarse la proposición que no pueda ser cumplida por desproporción o temeridad (en el caso de precio, los límites a partir de los cuales se puede apreciar desproporción o temeridad).

Sólo son admisibles variantes o alternativas si así está previsto en el propio pliego de cláusulas administrativas e indicado en el anuncio de la licitación (con indicaciones de los elementos sobre los que pueden operar y en qué condiciones se autorizan) en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La Mesa de Contratación ha de calificar previamente los documentos presentados en tiempo y forma y proceder en acto público a la apertura de las proposiciones y su elevación, con el acta y la propuesta de resolución —inclusiva de la ponderación de los criterios indicados en los pliegos— al órgano de contratación.

La administración puede: o adjudicar a proposición más ventajosa (sin atender necesariamente al valor económico) o declarar desierto el concurso (por no ser satisfactoria ninguna proposición), motivando en todo caso la resolución con arreglo a los criterios fijados en el pliego de cláusulas administrativas.

La adjudicación debe producirse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la apertura de las proposiciones (salvo que se establezca otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares). De no dictarse resolución en plazo, los empresarios tienen derecho a retirar su proposición y a la devolución o cancelación de la garantía provisional.

Como regla de cierre, las reglas propias de la subasta se aplican supletoriamente al concurso, excepto en aquello que sea específico de la subasta. Trámite especial previo en el procedimiento restringido.

#### *d. El procedimiento restringido de adjudicación*

Para la instrucción y la resolución de este procedimiento rigen las reglas ya estudiadas con las especialidades legalmente establecidas para el mismo.

##### *1) La fase previa de admisión al procedimiento*

El órgano de contratación debe, con carácter previo al anuncio del procedimiento, elaborar, fijar y justificar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos elegidos (de entre los establecidos en los artículos 16 a 19 LCAP, según cada tipo de contrato) para cursar ulteriormente las invitaciones a participar en el procedimiento. A este efecto puede establecer el número máximo (no más de 20) y el mínimo (no menos de 5) de empresas a invitar en función de las características del contrato a celebrar; límites cuantitativos, que han de hacerse figurar en el anuncio.<sup>138</sup>

El anuncio de la licitación y, por tanto, la publicidad del procedimiento se rigen por las reglas ya estudiadas, si bien la publicación de aquél ha de tener lugar como mínimo 10 días antes del último para la presentación de las solicitudes de participación.

Las solicitudes de participación deben ir acompañadas de los documentos acreditativos de la personalidad (y, en su caso, la representación) y del cumplimiento de las condiciones de solvencia exigibles según el anuncio.

A la vista de las solicitudes de participación, el órgano de contratación debe, previa comprobación de la personalidad y la solvencia, seleccionar a los concursantes que admite al procedimiento.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Artículo 91.1, a) y b) LCAP.

<sup>139</sup> Artículo 91.1, d) LCAP.

## 2) La fase de licitación y resolución

Simultáneamente a la selección, el órgano de contratación debe cursar por escrito invitación a los admitidos a presentar proposición en el plazo que al efecto señale en la invitación y que no puede ser inferior a la establecida legalmente para cada tipo de contrato, indicando desde luego el lugar, el día y la hora de la apertura de proposiciones.<sup>140</sup>

La presentación de proposiciones se rige por las reglas generales, debiendo acompañarse desde luego del documento acreditativo de la constitución de la pertinente garantía provisional.

Una vez presentadas las proposiciones, la ulterior sustanciación del procedimiento y su resolución, aplicando la forma de adjudicación mediante subasta o mediante concurso, sigue las reglas generales ya estudiadas al tratar del procedimiento abierto.<sup>141</sup>

### e. El procedimiento negociado de adjudicación

Como ya nos consta, la opción por el procedimiento negociado de adjudicación sólo es procedente en los supuestos autorizados por la LCAP, siendo facultativos el anuncio del procedimiento (en los términos del artículo 78.2, párrafo 3o. LCAP) y la constitución de Mesa de Contratación (pero si ésta se constituye, debe elevar propuesta en los términos generales).

Las reglas específicas del procedimiento pueden resumirse así.<sup>142</sup>

1. Preceptividad de la solicitud de ofertas a empresas capacitadas para el objeto del contrato (como mínimo tres), siempre que ello sea posible.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben determinarse los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, deban ser objeto de negociación con las empresas.

2. Fijación con la seleccionada del precio.

3. Constancia documental de todo lo actuado (incluidas las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas y las razones para su aceptación o rechazo).

La adjudicación debe producirse conforme a las reglas generales.

<sup>140</sup> Artículo 91.1, d) LCAP.

<sup>141</sup> Artículo 91.2 LCAP.

<sup>142</sup> Artículo 92 LCAP.

## 7. Los efectos de la adjudicación de contratos

La adjudicación de uno de los contratos regulados por la LCAP produce los siguientes efectos:

1. La perfección del correspondiente contrato.<sup>143</sup>
2. El deber de la administración de notificar la adjudicación a los participantes en el procedimiento.<sup>144</sup>
3. El deber de la administración de proceder, además, a la publicación de anuncio dando cuenta de la adjudicación en el *Boletín Oficial del Estado* (o en los *Boletines* o *Diarios* correspondientes, según las administraciones adjudicantes), cuando el importe del contrato sea igual o superior a 60.101,21 euros y en plazo no superior a 48 días desde la adjudicación [en los contratos de gestión de servicios el cómputo del importe se hace sobre el de los gastos del primer establecimiento, siendo preceptivo anuncio también cuando plazo de duración sea superior a cinco años].<sup>145</sup>

En el caso de preceptividad del anuncio de la licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y para determinados contratos, debe también publicarse anuncio del resultado en dicho *Diario*.

Excepcionalmente puede omitirse el anuncio si la divulgación de información sobre la celebración del contrato puede representar un obstáculo para la aplicación de la legislación, sea contrario al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas o pueda perjudicar la competencia leal entre ellas (en los supuestos previstos legalmente en cada caso).

4. La apertura del trámite de formalización del contrato, cuyos términos y trascendencia ya nos constan. Debe recordarse que: I) es requisito de la formalización —salvo excepción legal— la previa constitución de fianza definitiva; II) ha de tener lugar dentro de los treinta días siguientes al de notificación de la adjudicación; y III) condiciona el inicio de la ejecución del contrato.<sup>146</sup>

La formalización del contrato determina el deber de comunicación de éste al registro público de contratos.<sup>147</sup>

5. La congelación de la normativa aplicable.<sup>148</sup>

<sup>143</sup> Artículo 53 LCAP.

<sup>144</sup> Artículo 93 LCAP.

<sup>145</sup> Artículo 93 LCAP.

<sup>146</sup> Artículo 54 LCAP.

<sup>147</sup> Artículo 93.1 LCAP.

<sup>148</sup> Artículo 94 LCAP.

## 8. *La ejecución de los contratos*

### A. *Reglas generales*

Los contratos regulados por la LCAP deben cumplirse:

- I) De conformidad con sus propias previsiones, sustantivas y temporales.<sup>149</sup>
- II) Asumiendo el contratista la ejecución a su riesgo y ventura, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 144 LCAP para el contrato de obras.<sup>150</sup>

Este principio implica, en particular, la imputación de la pérdida al contratista si la cosa se pierde antes de su entrega a la administración.

- III) Siendo obligación del contratista indemnizar, en los términos del artículo 97 LCAP, todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato y no deriven de forma directa e inmediata de órdenes de la administración o de vicios del proyecto elaborado por ésta.

Los terceros pueden requerir, con carácter previo y dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad. El requerimiento interrumpe la prescripción de la acción. La reclamación debe realizarse en todo caso de conformidad con la legislación que sea aplicable en cada supuesto.

### B. *La ejecución del contrato conforme a sus previsiones; alteraciones posibles*

Según lo ya dicho y precisa el artículo 110.1 LCAP, el contratista debe realizar la prestación a que se ha obligado de conformidad estricta con las previsiones del contrato formalizado con la administración de acuerdo con lo establecidos en el mismo y a plena satisfacción de la administración.

<sup>149</sup> artículos 95.1 y 110.1 LCAP.

<sup>150</sup> Artículo 98 LCAP.

*a. Alteraciones debidas a la administración*

- 1) La suspensión del contrato acordada por la administración o producida por causa imputable a ella

La primera incidencia en la ejecución que puede ocurrir por causa reductible a la administración es la suspensión del contrato, lo que puede tener lugar —conforme al artículo 102 LCAP— bien por acuerdo de suspensión de la administración, bien por ejercicio por el contratista de su derecho a suspender el cumplimiento del contrato en caso de demora de la administración en el pago del precio y en los términos previstos en el artículo 99.5 LCAP.

De la suspensión ha de levantarse acta, en la que deben consignarse las circunstancias motivantes y la situación de hecho de la ejecución del contrato. En ambos casos la suspensión da lugar al deber de indemnizar los daños y perjuicios irrogados al contratista.

- 2) La modificación acordada por la administración

El segundo tipo de incidencia en la ejecución deriva de la posibilidad que tiene la administración, como ya nos consta, de proyectar sobre la relación contractual y a lo largo de la vida de la misma, su potestad de modificación de la o las prestaciones en función de las exigencias sobrevenidas del interés público (artículo 101.1 LCAP).

El régimen de ejercicio de esta potestad es en síntesis el siguiente:

1. Sólo puede ejercerse por motivos de interés público; y por razón de necesidades nuevas o causas imprevistas, que deben justificarse debidamente en el expediente.<sup>151</sup>

El ejercicio de la potestad se rodea de especiales garantías en los siguientes supuestos en que la cuantía del contrato sea igual o superior a 6.010.121,04 euros y la modificación (conjunta o acumulativamente) bien I) sea igual o superior al 10% del precio original (con exclusión del IVA), bien II) comporte la sustitución de unidades obra por otras nuevas, afectando al 30% o más del precio primitivo (con exclusión del IVA): es preceptiva la tramitación de expediente específico con informe del Servicio Jurídico y de la Dirección Ge-

<sup>151</sup> Artículo 101.1 LCAP.

neral de Presupuestos, así como, en los contratos de obra, de la Oficina de Supervisión de Proyectos).<sup>152</sup>

2. Da lugar a la formalización documental correspondiente en los mismos términos que el propio contrato.<sup>153</sup>
  3. En los supuestos previstos en los artículos 149, e), 192, c) y 214, c LCAP, las modificaciones en más del 20% del importe del contrato pueden constituir causa de resolución de éste.
- b. Alteraciones por causa del contratista: el incumplimiento total o parcial

El incumplimiento total o parcial imputable al contratista (la constitución en mora en el cumplimiento no requiere de intimación previa alguna: artículo 95.2 LCAP) hace surgir en la administración la opción entre.<sup>154</sup>

I) La imposición de penalidades diarias.

En el caso de incumplimiento del plazo total, en la proporción de 0,12 por cada 601,01 euros (o las distintas establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares en atención a las circunstancias específicas del contrato y para asegurar su ejecución). En el caso de incumplimiento parcial, las penalidades previstas al efecto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

II) La resolución del contrato, acordada por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que el de audiencia del contratista y, caso de oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva.

Elegida la alternativa de imposición de penalidades, la opción por la de resolución resurge cada vez que las penalidades impuestas alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato (sin perjuicio de la posibilidad de la continuación en la imposición de penalidades).<sup>155</sup>

En el caso de que la demora no sea imputable al contratista y éste ofrezca cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo pactado, procede la concesión de un plazo como mínimo igual al tiempo perdido, salvo que el contratista pida otro menor.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> Artículo 101.2 LCAP.

<sup>153</sup> Artículo 101.2 en relación con artículo 54 LCAP.

<sup>154</sup> Artículo 95 LCAP.

<sup>155</sup> Artículo 95.4 LCAP.

<sup>156</sup> Artículo 96.2 LCAP.

## 9. *El pago del precio del contrato*

### A. *Formas e instrumentos de abono del precio*

El contratista tiene derecho, como ya sabemos, al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en la LCAP y en el contrato y con arreglo al precio convenido.<sup>157</sup>

Las formas de abono del precio pueden distinguirse:<sup>158</sup>

1. Por su alcance: 1.1. total (abono del precio completo) y 1.2 parcial, mediante abonos a buena cuenta (pendientes de la liquidación final del contrato), bien sea por unidades, períodos o fases de ejecución o por actividades preparatorias (en los términos previstos en el contrato y con la prestación de garantías).
2. Por el origen de la obligación: 2.1 certificaciones o documentos acreditativos de la realización de la correspondiente prestación ordinarios, con aplicación, en su caso, de las correspondientes revisiones de precios; y 2.2 certificaciones o documentos acreditativos de la realización de la correspondiente prestación adicionales, que proceden tratándose de modificaciones del contrato.

En el caso de abono mediante certificaciones o documentos acreditativos de la realización de la correspondiente prestación, son de aplicación las siguientes reglas:

- I) Los derechos de cobro derivados de las certificaciones o documentos pueden ser cedidos (descontados, endosados, etcétera), siendo requisito indispensable para la eficacia de la cesión la notificación fehaciente del acuerdo de cesión a la administración (de suerte que los mandamientos de pago posteriores a la notificación han de hacerse ya a favor del cesionario; faltando la notificación, los mandamientos de pago hechos al contratista tienen efecto liberatorio para la administración).<sup>159</sup>
- II) Las certificaciones y documentos equivalentes sólo pueden ser embargados de forma limitada, concretamente en los siguientes supues-

<sup>157</sup> Artículo 99.1 LCAP.

<sup>158</sup> Artículo 99.2 y 3 LCAP.

<sup>159</sup> Artículo 100 LCAP.

tos: para el pago de salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las correspondientes cuotas sociales, así como de las obligaciones contraídas con los subcontratistas y los suministradores en relación con dicha ejecución).<sup>160</sup>

### B. *El tiempo del pago; la mora de la administración*

El abono del precio al contratista ha de tener lugar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten el cumplimiento total o parcial del contrato (en particular, en el contrato de obras, el acta de recepción de éstas).

En los contratos de obras, la liquidación del contrato y el abono, en su caso, del saldo correspondiente deben producirse dentro del mes siguiente a la extensión del acta de recepción de las obras.<sup>161</sup> Por analogía, las certificaciones parciales de obras deben entenderse que han de ser extendidas, para su pago, dentro del mes siguiente a la realización de las unidades correspondientes.

El transcurso de dos meses desde la emisión de la certificación o documento acreditativo del cumplimiento total o parcial (un mes en el caso del saldo de la liquidación final en el contrato de obras) sin abono efectivo del precio correspondiente determina por sí mismo, sin necesidad de intimación, requerimiento o solicitud algunos, el deber de abono al contratista del interés legal (incrementado en 1,5 puntos) devengado por las cantidades adeudadas a partir del vencimiento del indicado plazo.<sup>162</sup>

Si la demora en el pago supera los cuatro meses el contratista puede proceder a la suspensión del cumplimiento, comunicándolo a la administración con un mes de antelación a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de la suspensión.<sup>163</sup>

Es dudoso que las anteriores prescripciones sobre el tiempo de abono del precio sean conformes plenamente con la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (30 días para el pago y se aplica a los poderes públicos y a los

<sup>160</sup> Artículo 99.7 LCAP.

<sup>161</sup> Artículo 110.4 LCAP.

<sup>162</sup> Artículo 99.4 LCAP.

<sup>163</sup> Artículo 99.5 LCAP.

contratos públicos). Parece necesaria, pues, una adaptación de la legislación estudiada al derecho comunitario.

## 10. *La extinción de los contratos*

La extinción de los contratos regulados por la LCAP puede ser normal y por cumplimiento del contrato, o anormal y por resolución del mismo.

### A. *La extinción normal: el cumplimiento del contrato*

#### a. Consideraciones generales

La plena ejecución del contrato de conformidad con sus propios términos y a plena satisfacción de la administración produce la extinción del contrato.<sup>164</sup>

La terminación normal por cumplimiento requiere su constatación mediante acto formal y positivo de la administración de recepción o de conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o la realización del objeto del contrato o, en su caso, en el plazo determinado en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características específicas de dicho objeto (la realización del acto en que vaya a producirse la recepción o la conformidad debe comunicarse a la intervención de la administración correspondiente para su asistencia potestativa al mismo en ejercicio de sus funciones de fiscalización).<sup>165</sup> Puesto que se trata de la producción de un acto administrativo unilateral y formal, es evidente que, en aplicación de la LRJPAC, el transcurso del plazo máximo sin su dictado y notificación determina de suyo el juego del silencio negativo (desestimación) a efectos de poder recurrir a la tutela judicial efectiva por omisión de un acto debido. En todo caso, la puesta en uso del bien entregado o la utilización de la prestación realizada debe entenderse que produce la recepción o conformidad tácitas.

La inactividad de la administración conduce de suyo en este caso a un retraso en el abono del precio, que da lugar, como ya nos consta, al abono del interés legal incrementado en 1.5 puntos (para el contrato de obras específicamente artículo 110.4 LCAP).

<sup>164</sup> Artículos 109 y 110.1 LCAP.

<sup>165</sup> Artículo 110.2 LCAP.

La recepción o la conformidad determinan el inicio de: I) el periodo de garantía y II) la liquidación.

*b. El periodo de garantía*

En los contratos ha de fijarse un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la administración (salvo que esté legalmente previsto otro plazo o éste se haya establecido en el contrato) queda extinguida la responsabilidad del contratista (salvo vicios ocultos y con devolución o cancelación de la garantía definitiva y liquidación del contrato y abono del saldo resultante, dentro del mes siguiente como regla general). Se exceptúan del plazo de garantía los contratos en que por su naturaleza o características no sea necesario (siempre que así se haya incluido, justificándolo debidamente, en el pliego de cláusulas administrativas particulares).

En caso de observarse por la administración deficiencias dentro del plazo de garantía, éstas han de ser subsanadas obviamente, a su costa, por el contratista.

*c. La liquidación del contrato*

La liquidación es una operación que implica: I) el cálculo final del precio total a abonar por la o las prestaciones realizadas (incluidas las modificaciones y revisiones) para II) restándole el importe total a que asciendan los abonos a buena cuenta efectuados (por certificaciones o por operaciones preparatorias) y III) añadirle al resultado las indemnizaciones y los intereses debidos al contratista, IV) obtener el saldo a hacerle efectivo, si lo hay. El saldo debe notificarse al contratista en el plazo de un mes desde la recepción o conformidad y su pago debe realizarse en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la liquidación: Si se produce retraso en el pago, procede el abono del interés legal incrementado en 1,5 puntos.

*B. La extinción anormal: la resolución del contrato*

La extinción de los contratos regulados por la LCAP puede producirse anticipadamente por resolución, cuya regulación no responde estrictamente a esta categoría jurídica puesto que incluye algunos supuestos calificables de rescisión.

La aplicación de las causas de resolución es una potestad de la administración contratante, que debe producirse previo procedimiento incoado de oficio o a instancia del contratista.<sup>166</sup>

Las causas de resolución pueden clasificarse:

1. Por su regulación, en: 1.1. generales (las enumeradas en el artículo 111 LCAP); 1.2. específicas (las previstas en normas legales concretas para cada categoría de contrato: artículo 111, I) LCAP), y 1.3. especiales (las previstas en cada contrato, en concreto en el pliego de cláusulas administrativas particulares; artículo 111, h) LCAP).
2. Por su juego, en: 2.1. de actuación necesaria (las del artículo 112.2 LCAP); 2.2. de actuación facultativa (las generales restantes).
3. Por sus efectos, en: 3.1. imputables, y 3.2, no imputables a una o ambas de las partes.

Las causas generales de resolución son las siguientes:<sup>167</sup>

- I) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual (aunque es posible acordar la continuación del contrato con los herederos o sucesores si se comprometen a la ejecución en las mismas condiciones del pliego; número 3 del artículo 112 LCAP).
- II) La extinción de la personalidad de la sociedad contratante (cabe la subrogación subjetiva de la sociedad absorbente, beneficiaria o resultante en los supuestos de absorción, fusión, escisión, aportación o transmisión determinados en los números 5 y 6 del artículo 112 LCAP, no produciéndose, por tanto, la resolución).
- III) La declaración de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera (la resolución es, en estos supuestos, siempre necesaria, salvo en el acuerdo de quita y espera en el que la administración puede decidir la continuación del contrato si el contratista presta las garantías suficientes para la ejecución del mismo: artículo 112.7 LCAP).
- IV) El mutuo acuerdo entre la administración y el contratista (este supuesto sólo puede jugar cuando no concurre otra causa de resolución

<sup>166</sup> Artículo 112.1 LCAP.

<sup>167</sup> Artículo 111 LCAP.

imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato: artículo 112.4 LCAP).

V) El incumplimiento.

Imputable al contratista:

- La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias en los casos previstos en la LCAP (su juego es potestativo, pero si se produce por razón de las garantías complementarias la resolución afecta al contrato entero: artículo 112.2, párrafo 2o. y artículo 8o. LCAP) o la no formalización del contrato (su juego también es potestativo).
- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo para la iniciación del contrato tramitado por el procedimiento de urgencia, del plazo final o cuando las penalidades alcancen un múltiplo del 5% del presupuesto del contrato.<sup>168</sup>
- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.
- La concurrencia de cualquiera de las causas anteriores determina, además de la resolución y con carácter general, la incautación de la garantía y la indemnización a la administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Imputable a la administración:

- La falta de pago por parte de la administración en el plazo de ocho meses, conforme al artículo 99.6 LCAP.
- El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la administración en las que expresamente se prevea legalmente la resolución del contrato.<sup>169</sup>

<sup>168</sup> Artículo 112.9 LCAP.

<sup>169</sup> Artículo 112.10 LCAP.

En estos supuestos la administración debe, con carácter general, abonar los daños y perjuicios que se irroguen al contratista.

La resolución comporta la necesidad de la liquidación del contrato conforme a la regulación general de ésta que ya nos consta.

### *11. La invalidez de los contratos*

#### *A. Consideraciones generales*

El régimen de invalidez de los contratos regulados por la LCAP se establece en ésta<sup>170</sup> distinguiendo los actos preparatorios de la contratación y los actos de adjudicación, pues los vicios que padecan son de los contratos mismos.

Y tales vicios no son otros, cuando los actos sean de la administración, que los previstos, en general, para los actos administrativos en los artículos 62.1 y 63 LRJPAC, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que, como ya sabemos, los actos preparatorios son claramente actos unilaterales «separable» perfectamente de la relación contractual y los actos de adjudicación son igualmente unilaterales, aunque hayan sido precedidos de la convocatoria de contratación formulada por la administración y de las ofertas de los candidatos a la contratación y determinen, por ello, el perfeccionamiento del contrato (por virtud del añadido a la voluntad del participante en la convocatoria-adjudicatario de la voluntad de la administración). Aunque, en virtud del sistema de fuentes de la contratación pública que ya nos es conocida, pueden jugar también, en su caso, vicios de derecho civil.

Cuando los actos sean de particulares (proposiciones u ofertas; solicitudes; declaraciones; etcétera), los vicios no son otros que los determinados por el derecho civil, en relación con la legislación de la contratación pública, que es la que determina las condiciones y el contenido de los actos en cuestión. Y son, por ello, vicios que afectan al contrato mismo, sea al consentimiento prestado, sea al objeto, sea a la causa.

#### *B. Vicios de derecho administrativo*

Al igual que en el régimen general de invalidez de los actos administrativos, los vicios pueden ser de nulidad absoluta o de anulabilidad.

<sup>170</sup> Artículo 61 LCAP.

Los de nulidad absoluta son:<sup>171</sup>

1. Referidos a actos de la administración.
2. Todos los que conforme al artículo 62.1 LRJPAC determinan la nulidad de cualesquiera actos administrativos (se remite, pues, a lo expuesto a este propósito en el capítulo XI).
3. La carencia o insuficiencia de crédito de conformidad con lo establecido en el artículo 60 LGP y las demás normas de igual carácter de las restantes administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

Referidos a actos del contratista:

1. La falta de capacidad de obrar o de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada.
2. La concurrencia en el adjudicatario de alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 LCAP.
3. Los de anulabilidad, referidos indistintamente a los actos de la administración o del contratista, son:<sup>172</sup> las infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, de las reglas de la LCAP, de conformidad con el artículo 63 LRJPAC.

#### C. *Vicios de derecho civil*

Cuando proceda su aplicación, son apreciables todos los previstos para la contratación, es decir, los que determinan la nulidad de los contratos de acuerdo con los artículos 1300 y ss. del Código Civil.<sup>173</sup>

#### D. *Declaración de la nulidad*

La efectiva incidencia de los vicios concurrentes en la vida contractual requiere la declaración de la concurrencia de los mismos, es decir, de la nulidad de los contratos (sea, cuando se trata de vicios jurídico-administrativos, por causa de nulidad absoluta, sea por causa de anulabilidad). Esta declara-

<sup>171</sup> Artículo 62 LCAP.

<sup>172</sup> Artículo 63 LCAP.

<sup>173</sup> Artículo 66 LCAP.

ción está reservada a la administración contratante, es una competencia de la misma, con independencia del carácter administrativo o civil de que se trate.<sup>174</sup> Ello significa que requiere la incoación, de oficio o a instancia de persona interesada, la tramitación y resolución de procedimiento administrativo con tal objeto.

El régimen de ejercicio de la potestad así atribuida a la administración contratante es distinto, sin embargo, según se trata de vicios jurídico-administrativos o jurídico-civiles.

- Para la declaración de vicios de nulidad absoluta jurídico-administrativos rige sin más el régimen general de ejercicio de la potestad de revisión de los actos administrativos unilaterales establecido en el artículo 102 LRJPAC.<sup>175</sup>
- Para la declaración de nulidad por concurrencia de vicios de anulabilidad jurídico-administrativos es aplicable el régimen de impugnación en vía administrativa de los actos unilaterales, así como el de su revocación y, en su caso, declaración de lesividad.<sup>176</sup>
- Para la declaración de nulidad por concurrencia de vicios jurídico-civiles rigen los requisitos y los plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil.

La aplicabilidad de la LRJPAC se extiende a la adopción de medidas provisionales o cautelares, en concreto la suspensión del acto del órgano de contratación de que se trate.<sup>177</sup>

La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, determina necesariamente: I) la nulidad del mismo contrato, que entra automáticamente en fase de liquidación; II) la restitución por las partes de las cosas que hayan recibido en virtud del contrato y, si esto no es ya posible, la devolución de su valor, y III) la indemnización por la parte que resulte culpable a la contraria de los daños y perjuicios sufridos.<sup>178</sup> Regla específica respecto de la anterior, manifestación en la contratación del principio de conservación de los actos adminis-

<sup>174</sup> Artículo 64.1 y 66 LCAP.

<sup>175</sup> Véase capítulo XI.

<sup>176</sup> Artículos 103, 105, 107 y 108 LCAP.

<sup>177</sup> Artículo 64.2 LCAP.

<sup>178</sup> Artículo 65.1 LCAP.

trativos, es la de que la nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afecta a éstos y sus consecuencias.<sup>179</sup>

Cuando la declaración administrativa de nulidad de un contrato vaya a producir un grave trastorno al servicio público, puede disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos del contrato y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.<sup>180</sup>

<sup>179</sup> Artículo 65.2 LCAP.

<sup>180</sup> Artículo 65.3 LCAP.