

LOS CONTRATOS ADMVOS

1.- INTRODUCCION

Históricamente el Eº se veía como un poder soberano que imponía a toda costa su voluntad, lo que resultaba irreconciliable con la posición de igualdad entre las partes y el respeto riguroso a los pactos que implica la figura contractual. De aquí nace la tesis de que cuando el Eº o la Corona contrataban, lo hacían como un particular, con una personalidad diversa de la habitual de poder pbco, lo que era una personificación pvda del aspecto patrimonial de la corona en función de la cual era posible demandar a la Admón ante los tribs civiles en caso de incumplimiento.

PARADA indica que se ha producido una importante evolución que va desde el tener que justificar en cada caso los contratos, hasta los tiempos actuales, en los que se da una abundancia de esta figura de la concertación. Según PARADA, en la actualidad es un recurso cada vez más frecuente en la técnica contractual por la moda liberal y privatizadora de las AP, que rechaza la prestación directa de determinados servicios y funciones cuando puedan ser prestados por personas privadas (**Ppio liberal de subsidiariedad de la actividad pbca frente a la iniciativa pvda**).

Históricamente, los Cadmvos han sido una figura que ha tenido que ser justificada doctrinalmente porque se oponía a la idea de la figura del monarca como poder absoluto, lo cual se intentó a través de dos teorías:

1.-El Dcho alemán construyó la **tª del fisco**, por la que se constituía de manera ficticia una persona jca (el fisco), en virtud de la cual el monarca podía en contratar en posición de igualdad con sus súbditos.

2.- El Dcho español recurre a los **ppios del Dcho Natural**, entre los cuales recogen el de que todo pacto ha de ser cumplido por las partes, lo que incluye no sólo a los ciudadanos, sino también al monarca. En conclusión, que estos contratos deben regirse por las normas civiles.

Hasta la Revolución Francesa era necesario servirse de estas teorías para que el poder pbco pudiera pactar con los ciudadanos, pero ya en el SXIX, con el nacimiento del Dcho admvo, la figura del Cadmvo se construyó en base al dogma de que la Admón es incapaz de gestionar los recursos pbcos y ser en verdad un empresario. Como consecuencia de esto surgen los primeros Cadmvos, con objetivos como los servicios pbcos, la guerra..., lo que, desde un punto de vista sociológico y económico, es fomentado por el propio liberalismo del siglo pasado.

La figura del Cadmvo tuvo que justificarse, de una u otra manera, hasta 1930 aproximadamente, cuando se produce la implantación del Eº social, lo que conlleva una proliferación de Cadmvos que, en opinión de PARADA ha sido "ad nauseam", de tal manera que se llega a cualquier tipo de acuerdo y se le da posteriormente la forma jca precisa.

La contratación admva se introduce en nuestro Dcho a partir de dos vías:

* Al someter a la Jurisdicción admva los contratos celebrados por la Admón para obras y servicios pbcos, se produce una división en contratos civiles y admvos, según su objeto y finalidad.

* En la regulación de los procedimientos de selección del contratista para la adjudicación de toda suerte de contratos.

Desde el punto de vista del Dcho positivo, tenemos que indicar que la regulación de los Cadmvos se encuentra regulada ppalmente en la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las AP, que ofrece las siguientes

características:

- 1.- Tienen como objetivo **recoger la normativa comunitaria** en materia de contratos, para adaptar nuestra legislación a la de la UE, sobre todo en materia de publicidad, para garantizar la libre concurrencia.
- 2.- Otra de las finalidades es **evitar la corrupción**, que se había facilitado legalmente por la generalización de la contratación directa a que ha llevado la proliferación de entes pbcos que sujetan su actividad al Dcho pvdo o que actúan con el disfraz de sociedades mercantiles para eludir la legislación admva de contratos. De esta manera, la Ley persigue la claridad en los Cadmvos.
- 3.- También se persigue una **finalidad codificadora** de toda la normativa dispersa en materia de contratos de las AP, que incluía numerosas disposiciones reglamentarias, que con la Ley se han elevado a rango legal.
- 4.- Por último, se trata de **establecer una legislación básica estatal** en materia de contratación admva, dando cumplimiento a lo prescrito en el art 149.1.18ª CE. Pero no toda la Ley es legislación básica, por lo que hay que acudir a la DF 1ª LCE para establecer tal distinción.

La Ley ha sido objeto de corrección por la Ley 9/96 y desarrollo reglamentario parcial por el RD 390/96.

La Ley se ha estructurado en 2 partes:

* **General:** consta de preceptos donde se explica la aplicación de la Ley, las clases de contratos y su aplicación, así como de los privilegios que corresponden a la Admón.

* **Particular:** detalla cada uno de los Cadmvos (obras pbcas, suministros, consultoría...).

2.- LOS CONVENIOS ADMVOS

Se encuentran excluidos de la LCE, a tenor del art 3. En el ámbito de Dcho positivo, el convenio es distinto del contrato, pues sólo estos últimos se regulan por la Ley 13/95. En realidad, respecto a este punto encontramos dos posturas enfrentadas:

* **ENTRENA CUESTA:** Ambos tienen la misma naturaleza, pues los convenios reúnen todas las características propias de un contrato (hay voluntad de pactar y producir unos efectos jcos).

* **Gª DE ENTERRIA:** Son figuras distintas, pues en los convenios hay un acuerdo de voluntades pero la diferencia fundamental es que en los convenios no existe una contraprestación de las partes como causa jca del contrato. La relación causal justifica el contrato, sin embargo en el convenio no hay contraprestaciones sino concurrencia de intereses idénticos.

CLASES DE CONVENIOS ADMVOS

2.1 Convenios interadmvos: (art 3.1 LCE) La LCE excluye de su aplicación los convenios que la Admón celebre con la SS, CCAA, OOAA, entes locales y determinadas entidades pbcas. Su regulación corresponderá a la propia organización admva.

Su **régimen jco** se encuentra recogido de forma dispersa por todo el ord jco. El art 145.2 CE requiere la comunicación, y en algunos casos la autorización de las Cortes Grales, para *los pactos entre CCAA*, pues se veía con recelo la creación de instituciones supracomunitarias como consecuencia de estos pactos.

En cuanto a los *convenios entre Eº y CCAA*, como aquél tiene siempre posición de supremacía, desaparecen los obstáculos. Se encuentran recogidos y admitidos en los arts 6 y 8 Ley 30/92.

El art 6 admite estos convenios de colaboración y el art 8 recoge sus efectos al determinar que los convenios vinculan a las Admones que intervienen, requiriendo la comunicación al Senado. Otro aspecto interesante de este art 8 es que la firma de los convenios no supone una renuncia a las competencias propias de las Admones intervinientes (lo que demuestra que estos pactos no se ven con tanto recelo).

Los convenios de colaboración entre el Eº o las CCCAA y los entes locales se recogen en el art 57 LBRL, por remisión del art 9 Ley 30/92.

2.2 Convenios entre la Admón y los particulares: Tiene un régimen distinto de los convenios interadmvos. Gª ENTERRIA ha puesto de relieve cómo en la época actual asistimos a la generalización de la Admón pactada, cuyo fundamento lo encontramos en que los convenios suscitan la participación de los particulares en la gestión.

Estos convenios tienen una naturaleza jca que, según Gª ENTERRIA, consiste en dar forma pactada al ejercicio de las competencias admvas cuyo ejercicio se atribuye siempre a las AP. Este tipo de convenios no suponen en absoluto que la Admón renuncie al ejercicio de las competencias admvas.

Dentro de los convenios entre la Admón y los particulares, hay varias clases:

1.- Convenio expropiatorio (art 24 LEF) La Admón y el particular a quien se realiza la expropiación podrían convenir libremente y de mutuo acuerdo los términos de la expropiación. Si no hubiera acuerdo se seguiría el procedimiento regulado en los siguientes artículos. Es éste un **convenio de fijación** que no excluye la potestad expropiatoria que la Ley concede a las Admones territoriales. El convenio reviste de forma pactada potestades que de no existir convenio se ejercitarían unilateralmente por la Admón (en este caso, el precio se fijaría por un jurado de expropiación forzosa).

2.- Acción concertada: Son aquellos convenios que celebra la Admón con un particular y que tienen por objeto el **fomento de actividades económicas de carácter gral**. Tuvieron gran importancia en los años 60 y 70 por los Planes de Desarrollo Económico, pero en la actualidad han perdido tal importancia, por la situación económica actual.

3.- Contratos programa: Son figuras anecdóticas que recogen **actividades diversas** con una finalidad única, por lo que hay que estar al pacto en concreto para determinar su naturaleza. El régimen jco de estos convenios entre Admón y particulares, a falta de una regulación en la LCE, habrá que buscarlo en la doctrina gral, que lleva a una aplicación del régimen propio de los contratos pvdos del Eº: la preparación y adjudicación se rigen por el Dcho admvo (LCE) y la jurisdicción o el régimen de dchos y obligs, por el Dcho pvdo (civil, mercantil y, en su caso, laboral).

3.- LOS CONTRATOS ADMVOS

3.1 NATURALEZA JCA

¿Es posible un Cadmvo?

Algunos autores se han decantado por la inexistencia y, por tanto, invalidez, del Cadmvo, argumentando que:

- El contrato exige igualdad entre las partes, igualdad que no existe en el Cadmvo.
- Falta autonomía de la voluntad de las partes contratantes, pues mientras la Admón está sujeta a lo dispuesto en el ord jco respecto a la regulación de los contratos, para el ciudadano no hay autonomía de la voluntad en tanto en cuanto es la Admón quien fija las cláusulas del Cadmvo.

– El objeto de los Cadmvos es res extracommercium, lo que está excluido del tráfico jco económico.

Por todo lo anterior, un grupo de autores ha sostenido que más que un contrato, la naturaleza jca de la figura es la de un **acto condicionado**, cuyo ejemplo más claro es el nombramiento de un funcionario, en el que la Admón aplica un régimen jco gral a un supuesto concreto siempre que el interesado esté de acuerdo con ello.

No hay ninguna causa para excluir la posibilidad teórica o práctica de la existencia de Cadmvos por las siguientes razones:

– La desigualdad entre el Eº y la otra parte no impide la existencia del Cadmvo porque esta desigualdad no es tan excesiva y debería referirse a las prestaciones, no a las partes.

– La falta de autonomía de la voluntad de un Cadmvo, no es mayor, por ejemplo, que la de un contrato civil de adhesión.

– En cuanto al objeto de los Cadmvos, no podrán ser objeto de pacto en el Dcho pvdo, pero nada impide que puedan ser objeto de regulación por el Dcho pbco.

Igualmente no es necesario acudir a la figura del acto condicionado, pues un contrato es consecuencia de un pacto y se debe estar a lo pactado, mientras que en el supuesto estatutario que se aplica, por ejemplo, a los funcionarios, se supone la aplicación en bloque de normas de Dcho pbco; no se pacta, se impone.

3.2 EVOLUCION HISTORICA

Los Cadmvos aparecen en Francia en el SXIX como una excepción en la clasificación de los actos de autoridad y gestión. Lo lógico es pensar que un Cadmvo es un supuesto de acto de gestión, sin embargo, desde un principio, los Cadmvos fueron excepciones en el sentido de que, teniendo que incluirse como actos de gestión, se exceptuaron sometiéndose al enjuiciamiento del Consejo Eº por razones de rapidez y porque se entendía que con estos contratos se satisfacían intereses gcales.

Ya desde el Antiguo Régimen se venía produciendo una huida de la Jurisdicción civil a través de cláusulas expresas de exclusión de la Jurisdicción civil y de sometimiento a la Jurisdicción de los Intendentes, con apelación al Consejo Real.

En la etapa napoleónica la sustracción a los Tribs civiles de las competencias sobre los Cadmvos es consustancial a la creación de la Jurisdicción cont-adminva, a la que se atribuye la competencia sobre los contratos de obra pbca y venta de bienes pbcos.

El Consejo Eº francés empieza a otorgar una serie de privilegios a la Admón, que son de imposible aplicación a los contratos de Dcho pvdo, celebrados en condiciones de igualdad.

A continuación de este reconocimiento por el Consejo Eº, la doctrina admva francesa (DUGUIT y la escuela de Burdeos) va a teorizar estos privilegios hasta el punto de que se va a defender la teoría de que el Cadmvo tiene una naturaleza distinta del civil, es la **Tª de la sustantividad propia del Cadmvo**, recogida en España por la LCE 1965, dando entrada también a la polémica iniciada en Francia.

Según la Escuela de Burdeos, todo es servicio pbco y por tanto ésta es la actividad del ejecutivo a través de la cual satisface necesidades pbcas. El Cadmvo se dirige a satisfacer intereses gcales, lo que justifica los privilegios que en él se recogen a favor de la Admón. Esta teoría quedaría superada tras la IIGM, cuando el gobierno francés se hace propietario de la fábrica Renault, pues no se entiende que con ello se satisfaga ningún interés gral.

El modelo del Cadmvo francés es recogido en España, siendo estos dos los únicos países que tienen un régimen gral en materia de Cadmvos, pues en Italia, Alemania o los países anglosajones, estos contratos se rigen por el Dcho pvdo, manteniéndose la igualdad entre las partes.

En nuestro país, a partir de 1950, la doctrina se cuestiona si la teoría francesa de la sustantividad propia del Cadmvo es válida y puede ser recogida por el ord jco. G^a ENTERRIA entiende que el contrato se aplica tanto al Dcho pbco como al pvdo, y que en los Cadmvos estamos ante la figura gral del contrato que sufre unas modulaciones dependiendo del tipo de contrato que se trate.

En Francia, tras aplicar el criterio del servicio pbco (por el que un contrato es admvo si tiene por objeto la organización o funcionamiento de un servicio pbco y civil en caso contrario), se introduce el **criterio de la cláusula exorbitante**, por el cual lo importante es examinar la naturaleza del contrato mismo, independientemente de la persona que lo ha celebrado y del objeto en vista del cual ha sido concluido.

De una manera más clara se pronuncia PARADA, para quien lo que existe en un Cadmvo es simplemente la figura gral del contrato a la que se superpone el privilegio de la autotutela admva (ejecutoriedad de la Admón más determinados privilegios). Como consecuencia de la superposición de privilegios, van a aparecer los Cadmvos, en los que una de las partes (AP) va a tener una serie de prerrogativas (a favor de la propia Admón o en su contra, en forma de cargas o limitaciones a la contratación). El contrato será admvo si cumple con la condición gral de tener por objeto una relación instrumental directa con un servicio u obra pbca, y no lo será en caso contrario.

3.3 PRIVILEGIOS DE LA ADMON

A) Privilegios en positivo: (Art 60 LCE) Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos de la Ley, el órgano de contratación podrá interpretar, resolver dudas, modificar y determinar los efectos de la resolución de un Cadmvo. Los acuerdos serán inmediatamente ejecutivos y pondrán fin a la vía admva (art 60.1 LCE).

El privilegio de la **interpretación e imposición a la otra parte de esa interpretación** tiene un carácter procesal basado en la presunción iuris tantum por la que se supone que quien mejor conoce el contenido de las cláusulas es el que las ha redactado. De ello se derivan los privilegios de **resolver las dudas que ofrezca el cumplimiento e imponer una resolución**. El privilegio de la **modificación** se debe dar por motivos de interés pbco, es decir está sujeto a una interpretación restrictiva y exige una motivación singular para ser llevado a efecto. Derivado de éste se podría considerar el privilegio de la **suspensión** del contrato. Los privilegios de **resolución del contrato y determinación de los efectos de esta resolución** aparecen en el caso de que el contrato haya sido indebidamente celebrado, caso en el que se le concede a la Admón la posibilidad de **anulación** del contrato cuando resuelva un recurso interpuesto contra la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas. Por último se reconoce un poder de **sanción** cuando se han incumplido los plazos.

La prerrogativa de **ejecutoriedad** tiene manifestaciones de alcance y naturaleza diversos, tanto a nivel sustantivo como procesal, a favor de la Admón.

Será necesario un informe de los servicio jcos correspondientes (art 60.2 LCE).

Será preceptivo el informe del Consejo Eº u órgano equivalente en los casos de oposición del contratista o cuando la cuantía de las modificaciones supere el 20% del precio original y éste hubiera sido superior a 1.000 MM ptas (art 60.3 LCE).

B) Privilegios en negativo: Suponen el manto del equilibrio económico del contrato cuando se ejercita el ius variandi (modificación), y se materializa en la obligación de indemnizar.

Además, la selección del contratista está sujeta a determinadas formalidades y normas de publicidad que

restringen la capacidad de maniobra de la Admón, a diferencia de la amplia libertad del Dcho pvdo.

3.4 AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCE

La Ley no contiene un precepto que determine claramente los contratos a los que es aplicable y se limita a establecer escalones o grados de aplicación atendiendo al doble criterio del tipo de sujeto que contrata y al objeto del contrato.

PARADA apunta que lo deseable hubiera sido que la LCE hubiera recogido un precepto que estableciese que la Ley es de aplicación a todos los contratos del Eº, excepto los de los entes instrumentales pvdos que se dediquen a la industria o al comercio. Según PARADA, el casuismo en que ha incurrido la Ley se debe a que pretende cumplir las Directivas comunitarias, lo que conlleva la inaplicación de la propia Ley a algunos contratos de la Admón. El resultado por tanto es una Ley susceptible de una aplicación plena o parcial, simulada o simulada y diferida dependiendo del sujeto y objeto del contrato.

La LCE se aplicará *íntegramente* a las siguientes AP: *entes políticos primarios* (territoriales) y OOAA. Asimismo, se incluyen los *entes instrumentales* cuando sean de naturaleza pbca (vinculados a una AP), se dediquen a satisfacer necesidades de interés gral y estén financiados, controlados o que sus directivos estén mayoritariamente nombrados por la Admón u otras entidades de Dcho pbco. **(Art 1 LCE).**

Se entiende que la Ley tiene una **aplicación plena** sobre todos los entes mencionados en este art.

La LCE se aplicará a las entidades de Dcho pbco no comprendidas en el art anterior *sólo en materias* relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, *respecto de los contratos* de obras, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros *siempre que su importe* supere unas cifras y que *su principal fuente de financiación* proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las AP. **(Art 2.1 LCE).**

Nos encontramos en este caso ante una **aplicación parcial**, porque no se aplica toda la Ley, sino sólo lo referente a la **capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación**. Asimismo sólo se aplica a los **contratos de obras, consultoría y asistencia y de servicios y trabajos específicos**. Un último requisito indispensable es que el importe de los contratos supere unas cantidades (fijadas en la Ley en base a la situación económica y la legislación comunitaria) y su **financiación provenga mayoritariamente de las AP**.

Asimismo se aplicará *parcialmente* la Ley los contratos celebrados con empresas pvdas cuando tengan por objeto construir hospitales, edificios escolares o universidades y edificios de uso admvo si superan un determinado importe y están subvencionados en más de un 50% por una AP. **(Art 2.2 LCE).**

Este apartado establece un ámbito de aplicación objetiva, sin atender al sujeto contratante sino al objeto del contrato, con similares restricciones a las del apartado anterior.

Quedan excluidos de la aplicación de la Ley **(art 3 LCE)**:

- * La relación de servicio de los funcionarios pbcos y los contratos laborales.
- * Los convenios admvos, cualquiera que sea su tipo.
- * Los supuestos que se rigen por normas de Dcho internacional.
- * Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

* Las relaciones jcas derivadas de la prestación de un servicio pbco que se pague mediante un abono, tasa o tarifa por los usuarios

* Los contratos relacionados con operaciones financieras y valores negociables.

Este precepto recoge gran cantidad de supuestos que cuentan con normativa especial propia, que será la que dicte su regulación (art 3.2 LCE).

Los contratos otorgados por entes de capital pbco mayoritario que adopten formas mercantiles y cuyas cuantías sean inferiores a las señaladas en el art 2.1 LCE, además de los contratos de suministro y otros admvos especiales, se ajustarán a los ppios de libertad y concurrencia salvo que la naturaleza de la operación sea incompatible con estos ppios. Se trata de un supuesto de **aplicación simulada** de la LCE.

3.5 CLASES DE CONTRATOS (ART 5 LCE)

* Contratos admvos:

1.- Contratos típicos: Su regulación corresponde a la LCE, supletoriamente al Dcho admvo y, en último término, por el Dcho civil. Vienen enumerados en el art 5.2a) LCE:

Contrato de obras pbcas (art 120 y ss LCE): Es el celebrado entre la Admón y un empresario cuyo objeto sea la construcción de bienes de naturaleza inmueble, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del subsuelo y la reforma, reparación, conservación o demolición de antiguos bienes. La novedad que recoge la LCE es la regulación por primera vez de la concesión del monopolio de la explotación de la obra realizada como pago a la misma.

Por razón de su objeto, el contrato puede ser (art 123 LCE):

–Obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación

–Obras de reparación simple.

–Obras de conservación y mantenimiento.

–Obras de demolición.

Por razón de la retribución, se pueden clasificar en obras a tanto alzado, por precios unitarios o con dcho de explotación de la obra.

Contrato de suministro (art 172 y ss LCE): Es aquél que tiene por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorporeales y valores negociables, que se regirán por lo dispuesto por la legislación patrimonial de las AP para cada caso. Se podrían dividir en suministros de adquisición y de fabricación.

Contrato de servicios (arts 155 y ss LCE): Es aquél por el que una AP encomienda a una persona, natural o jca, la gestión de un servicio pbco que no implique el ejercicio de autoridad inherente a los poderes pbcos.

Por último cabe indicar la existencia de los contratos de auditoría y asistencia, cuyo fuerte componente intelectual los distingue de los de servicios, de carácter técnico, económico, industrial o comercial, cuya prestación es un complemento para el funcionamiento de la Admón. Cuando nos encontramos ante tareas que no pueden ser atendidas por los órganos admvos y que no se pueden considerar contratos de

consultoría y asistencia ni de servicios, ni implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes pbcos, ni relación funcional o laboral entre la Admón y el contratista, estamos ante un contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, **que sólo pueden ser celebrados por personas físicas en atención a sus cualidades técnicas y cuya duración no suele exceder de 2 años.**

2.- Contratos especiales: Enumerados en el art 5.2b) LCE, son aquéllos de objeto distinto a los típicos pero con naturaleza admva. Son Cadmvos por alguna de estas razones:

- * El objeto del contrato se refiere al giro o tráfico de la Admón contratante.**
- * El objeto del contrato es satisfacer de forma directa e inmediata un interés pbco**
- * Porque así lo establece una Ley expresamente.**

Su régimen jco viene determinado por sus normas específicas y en defecto de éstas, la LCE. En último lugar regiría el CC.

B) Contratos pvdos de la Admón: Semejantes a los que llevan a cabo los particulares, los contratos pvdos de la Admón aparecen, según PARADA, como una categoría residual que históricamente se aplicó en el SXIX a los contratos de gestión del patrimonio de las AP (aquéllos que tenían como finalidad inmediata y directa las obras o servicios pbcos) y a la venta de bienes nacionales (desamortización).

Desde el punto de vista doctrinal se planteó cuál era el criterio de distinción entre los Cadmvos y los pvdos de la Admón:

PARADA señala, apoyándose en la LCE, que serán contratos pvdos aquéllos que no sean admvos, rigiéndose por las reglas admvas en materia de competencia, preparación y adjudicación, y por la reglas civiles en la relación contractual. Otro grupo de autores defiende que un contrato será admvo cuando existan cláusulas exorbitantes (privilegios). Sin embargo, GARRIDO FALLA afirma que el criterio de las cláusulas exorbitantes significaría dejar en manos de la Admón la decisión acerca de la naturaleza del contrato y que los privilegios de ésta se derivan de la autotutela y su función de satisfacer el interés pbco y sólo en esos aspectos deben aparecer. Propone por tanto como criterio diferenciador la finalidad: si el pacto tiene por finalidad la satisfacción del interés pbco, el contrato será admvo. G^a ENTERRIA entiende, basándose en el art 5.2b) LCE que estaremos ante un Cadmvo cuando su objeto se encuentre dentro del giro del tráfico específico de la Admón, es decir, cuando el contenido del contrato esté dentro de las competencias propias de la Admón correspondiente, y dentro de éstas, del órgano admvo correspondiente.

La doctrina no es pacífica y la Ley no ofrece una solución clara, limitando a decir que serán pvdos aquellos contratos que no traten del tráfico o giro propio de la Admón, enumerando ejemplificativamente algunos contratos pvdos en el art 5.3 LCE.

El régimen jco se encuentra en el art 9 LCE, por el que la preparación, adjudicación y competencia se regirán por las reglas admvas y el contenido contractual seguirá las reglas civiles.

Este artículo recoge la doctrina de los actos separables, por la que la preparación y la adjudicación siguen el Dcho pbco (su impugnación compete a la jurisdicción cont-admva) y los efectos y la extinción el Dcho civil (la competente en este caso será la jurisdicción civil).

4.- REGIMEN GRAL DE LA CONTRATACION ADMVA

La capacidad de la Admón para contratar se traduce en la determinación del órgano competente para tramitar el expediente de preparación del contrato y su adjudicación, así como la autoridad que ha de intervenir para autorizar previamente su celebración.

4.1 LAS PARTES

A) EL ORGANO ADMVO DE CONTRATACION

El órgano de contratación de la Admón estatal y sus OOAA es la Junta Consultiva de Contratación Admva, de *carácter consultivo*, adscrito al Mterio de Economía y Hacienda, que promoverá las medidas procedentes en materia de contratación admva para mejorar en cualquiera de sus aspectos el sistema de contratación (Art 10 LCE).

Las CCAA también podrán crear sus Juntas Consultivas de Contratación.

En realidad, los auténticos órganos de contratación (los que tienen capacidad para contratar) vienen determinados en el art 12 LCE, que menciona en primer lugar a los *Mtros y Secretarios de Eº* dentro de sus competencias; así como los *representantes legales de OOAA y entidades de Dcho pbco y Directores Grales de Entidades Gestoras y Servicios Comunes a la SS*, aunque todos estos bajo la autorización del Mtro correspondiente, que podrá fijar la cantidad a partir de la cual será necesaria su autorización.

A pesar de todo será necesaria la autorización del Consejo Mtros (con *carácter previo* a la aprobación del expediente de contratación) cuando la cuantía supere los 2.000 MM ptas o el contrato sea plurianual, cuando el propio Consejo Mtros lo reclame discrecionalmente o cuando el propio órgano de contratación considere elevarlo al propio Consejo Mtros. Si el Consejo Mtros autoriza la celebración de un contrato, deberá igualmente celebrar su modificación cuando sea causa de resolución del mismo e incluso dictar la propia resolución.

Lo importante es distinguir que órganos están autorizados por Ley para contratar:

– Admón Eº: los órganos legalmente autorizados son los Mtros y Secretarios de Eº, aunque estas competencias pueden ser desconcentradas mediante RD aprobado en el Consejo Mtros, en otros órganos del departamento ministerial, las *Juntas de Contratación*, a las que pueden serle atribuidas la titularidad y capacidad para celebrar contratos. En todo caso se mantiene la necesidad de autorización del Consejo Mtros cuando el importe del contrato sea superior a 2.000 MM ptas o el contrato sea plurianual (que comprometa gastos más allá de un año).

Las Juntas de Contratación tienen una doble naturaleza: por un lado, la consultiva (la más frecuente, que se materializa en el asesoramiento del órgano de contratación), que obliga al órgano asesorado a motivar la posible discrepancia con la Junta; por otro lado, los Mtros pueden conferirles capacidad de contratación, aunque se suelen limitar a la emisión de informes sobre las ofertas presentadas, actuando como un órgano consultivo técnico. También se les pueden atribuir las funciones de programación y estudio de las necesidades de contratos a celebrar.

– Respecto a los OOAA, los órganos de contratación son los directores de los mismos, pero por su condición de ente instrumental dependiente funcionalmente de la Admón puede exigirse por parte del Mtro correspondiente su autorización para celebrar todo tipo de contratos a partir de una cuantía.

– La Admón CCAA debe seguir este esquema de la LCE como legislación básica que es, entendiendo que el Consejo de Gobierno y el Consejero serán las figuras que sustituyan al Consejo Mtros y el propio Mtro.

– El órgano de contratación de la Admón local será el alcalde cuando la cuantía del contrato no supere el 5% de los recursos ordinarios, pues en el caso contrario sería el propio Ayuntamiento.

En todo este proceso intervienen además las Mesas de Contratación (órganos proponentes de la adjudicación), las Oficinas Técnicas de Supervisión de Proyectos, La Junta Consultiva de Contratación Admva, el Registro oficial de Contratistas, el Registro pbco de contratos, el Tribunal de Cuentas... que en general ofrecen importantes funciones de control.

*** EL CONTRATISTA**

Respecto al contratista, la diferencia respecto al Dcho pvdo es que aquí en el Dcho pbco, su proceso de selección se rige por los ppios de igualdad y acceso a un cargo pbco (arts 14 y 23.2 CE). Aparte de seguir este proceso, se establecen una serie de requisitos y prohibiciones en los arts 15, 20 y 22 LCE.

En cuanto a la capacidad para contratar (art 15 LCE), la Ley parte de la *plena capacidad* permitiendo contratar a todas las personas físicas y jcas, españolas o extranjeras, siempre que tengan capacidad jca y de obrar, es decir, que la capacidad jca exigida al contratista es, en principio, la capacidad jca gral del Dcho pvdo. Es necesario además *acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional* que debe ser estable, permanente, sostenida durante la vida del contrato y no sólo existente en el momento de la celebración.

Se permiten todos los medios para la acreditación de la solvencia, pero en muchos supuestos la Ley prevé una clasificación o Registro de las distintas empresas en el que se incluyen las mismas divididas en grupos y con documentos que acreditan su solvencia, de manera que en el momento de la selección, la Admón no tiene que ir comprobando uno a uno todos los requisitos, pues basta con presentar la inscripción en el Registro.

En orden a evitar la corrupción, el art 20 LCE establece unas prohibiciones para contratar que se proyectan sobre las personas en las que se dan circunstancias que permiten dudar de su fiabilidad (haber sido procesado o condenado por delitos económicos, declarado en quiebra, no hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias...).

Las consecuencias jcas de todo lo anterior se resumen en el art 22 LCE, por el que se consideran nulas de pleno Dcho las adjudicaciones realizadas sin cumplirse los requisitos anteriores. La mayor parte de estas prohibiciones se apreciarán de manera automática y la prueba de no hallarse incurso en ellas se hará mediante testimonio, certificación admva o declaración responsable ante autoridad, notario pbco o cualquier otro profesional cualificado.

4.2 LA SELECCION DEL CONTRATISTA

Es el paso siguiente tras la ordenación de los expedientes internos en los que se ha precisado el objeto del contrato y se ha acreditado que el proyecto es jcamente correcto. Durante este tiempo se debe observar un respeto por los ppios de igualdad y acceso a las funciones pbcas (arts 14 y 23.2 CE).

La evolución histórica del proceso de selección ha sido muy importante, pues en el SXIX la selección se hacía a través de una subasta con puja en la que a viva voz concurrían los contratistas hasta que el designado era aquél que ofrecía un precio más alto, pues la idea predominante era que el licitador más conveniente era el que ofrecía una oferta económicamente más ventajosa. Posteriormente, se deriva hacia la puja en sobre cerrado, lo que obligaba a las empresas a ofrecer un presupuesto mucho más estudiado y con mayores garantías (además, se sancionaban las confabulaciones entre contratistas). De ahí se pasó al sistema de concurso, en el que se tiene en cuenta no sólo el precio sino otros aspectos, lo cual se ve claramente en contratos muy condicionados por los aspectos artísticos (ej, remodelación de la

Plaza de Oriente). Un último paso se da al alcanzarse formas híbridas de concurso–subasta, unido al sistema de Registro, que permite conocer con mayor exactitud las condiciones que reúnen los contratistas.

La LCE regula 3 procedimientos de selección y varias formas de adjudicación (Art 74 LCE):

1.– Procedimiento abierto: La Admón puede contratar con cualquier empresario y cualquiera puede pedir la solicitud. Todos los que concurren son licitadores.

2.– Procedimiento restringido: Se selecciona previamente un grupo de empresarios y luego se contrata con uno de ellos. Se distingue en este caso la figura del candidato (que es quien solicita una invitación para participar) y la del licitador, que tras recibir una oferta de un órgano de contratación, presenta una oferta.

3.– Procedimiento negociado: equivale a la *contratación directa*. Tras una serie de negociaciones, y previa consulta y negociación de los términos del contrato con otros empresarios, el contrato es adjudicado al empresario seleccionado.

Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido se podrá acudir a distintas formas de adjudicación: la subasta y el concurso.

4.3 PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACION

Las formas de adjudicación son la subasta y el concurso (art 75 LCE), tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá hacerse entre todos los empresarios previamente seleccionados por cualquiera de estos dos sistemas, que no se emplean, sin embargo para el procedimiento negociado.

*** Subasta (art 75.2 LCE):** Versará sobre un tipo expresado en dinero con adjudicación a aquel contratista que ofrezca el precio más bajo.

*** Concurso (art 75.3 LCE):** La adjudicación recaerá en el licitador que haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta los requisitos fijados en el pliego, es decir, no sólo por el criterio económico, sino porque cumple con los criterios fijados por la Admón.

Cuando el objeto del contrato no tiene ninguna característica especial (ej, carreteras) se usa la subasta, pero si se requieren una determinadas dotes o experiencia, se seguirá el método del concurso.

En el procedimiento negociado deberá adjudicarse a la empresa, entre las concurrentes a la negociación, que ofrezca en su conjunto la condición más ventajosa.

La tramitación comienza con la obligación de dar publicidad a las licitaciones: Se anuncia públicamente la voluntad de la Admón de realizar estos contratos en los distintos Boletines Oficiales cuando proceda (para procedimientos abiertos o restringidos, el BOE, y para negociados, el BOE y en ocasiones en las que la cuantía así lo requiera, en el BO de las Comunidades Europeas, siempre a salvo de que por debajo de esa cuantía, las CCAA, los entes locales, OOAA y entidades de Dcho pbco, lo hagan por su respectivos Boletines Oficiales.

A los anuncios, los aspirantes a contratistas responden con sus proposiciones y constituyen su oferta contractual, que ha de ajustarse al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas admvas particulares. Cada licitador no podrá presentar más de una propuesta; tampoco podrá hacer ninguna propuesta junto a otro si lo hizo individualmente y no podrá figurar en más de una unión temporal.

A continuación se constituye una mesa de contratación (art 82 LCE), que es un órgano consultivo o de asesoramiento del órgano de contratación, formando parte de ella el interventor y un asesor jco. Este órgano, por su carácter técnico, emitirá una propuesta a favor de algún empresario, ante la que el órgano de contratación podrá seguirla o apartarse de ella, pero en este último caso, debiendo justificar la separación.

Una vez acordada la adjudicación por el órgano de contratación, se ha de notificar dicha decisión al resto de participantes en la licitación y después de formalizado se comunicará al Registro Pbco de Contratos a los meros efectos estadísticos y se publicará tanto en el BOE como en el BO de las Comunidades Europeas, momento a partir del cual surtirá efectos frente a terceros.

Ahora bien, el procedimiento es distinto si se escoge el modelo de subasta o el de concurso:

1.- Subasta (arts 83 a 85 LCE): La mesa examinará y calificará previamente la documentación presentada en tiempo y forma, tras lo cual procederá en acto pbco a la apertura de las ofertas. La oferta de la mesa no crea dcho alguno en el empresario en tanto en cuanto no se haya producido la adjudicación por el órgano de contratación, o dicho en otras palabras no nace por ello un dcho a la indemnización. Seguidamente, el órgano de contratación adjudicará el contrato al empresario que haya ofrecido la oferta más barata, aunque siempre tiene la posibilidad de declararla desierta (art 83 LCE).

Una vez que se abren los pliegos se pueden suscitar varios problemas: que haya existido una *infracción del ord jco*, ante lo que se declararía desierta (a salvo de que afectara solamente al infractor de manera positiva, ante lo cual la Ley dice que la adjudicación se hará a favor del siguiente postor). Por otro lado, se encuentran las ofertas *temerarias*, figuras que no aparecen en épocas de bonanza económica, pero que son frecuentes en momentos de crecimiento bajo.

Para evitar estas bajas temerarias, se ha establecido por Ley la interpretación de que la propuesta no podrá ser cumplida. El órgano de contratación podrá adjudicar al siguiente licitador el contrato por ser la oferta más baja no temeraria

La propuesta se realiza en un sobre con la oferta económica y otro con el resto de documentación exigida. Las proposiciones serán secretas, sujetas al modelo oficial y acompañadas de la documentación necesaria que acredite su personalidad jca o su solvencia.

Una vez abiertos los sobres y comprobado el cumplimiento de los requisitos legales, la mesa que ha verificado el contenido de los sobres, formula propuesta ante el órgano de contratación.

Por último hay que comentar la posibilidad de una *adjudicación subsidiaria* cuando se acuerda la resolución del contrato porque el adjudicatario no cumpla las condiciones exigidas para llevar a cabo la formalización del contrato. Así, antes que proceder a una nueva oferta pbca, la Admón elige, siempre que sea posible, las ofertas realizadas por un orden en el que la oferta inmediatamente superior pasa a ser la adjudicataria en defecto de la siguiente (art 85 LCE).

2.- Concurso (arts 86 a 91 LCE): Se adjudicarán así los contratos en los que el criterio de selección no sea sólo la oferta más baja (el art 86 LCE tasa algunos de los supuestos, incluyendo aquéllos que sean susceptibles de mejora técnica o mayor brevedad en los plazos, otros de especial complejidad...)

En estos casos, los pliegos de cláusulas admvas particulares establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, por su orden de importancia y con la ponderación que se les vaya a atribuir (art 87 LCE).

Su realización es muy similar a la de la subasta, es decir, la mesa examina y califica previamente la

documentación y procederá a la apertura de ofertas y a la propuesta de la que estime más pertinente. El órgano de contratación adjudicará el contrato o declarará el concurso desierto (art 89 LCE).

También se prevé una *adjudicación subsidiaria* cuando el adjudicatario no cumpla con las condiciones exigidas para llevar a cabo la formalización del contrato (art 91 LCE).

4.4 PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El contrato se perfecciona por la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento elegido (art 54 LCE).

En Dcho civil sería necesaria la concurrencia de voluntades, pero en Dcho admvo se reduce prácticamente a la declaración de voluntad unilateral de la Admón. El legislador entiende que con la adjudicación se ha producido la concurrencia de voluntades.

Una vez perfeccionado, se formalizará el contrato a efectos ad probationem en documento admvo en el plazo de 30 días a contar desde la notificación de la adjudicación (art 54.1 LCE). Ese documento que suscribe la Admón da forma a la adjudicación y es suficiente para inscribirlo en un Registro Pbco, aunque dicho documento podrá elevarse a escritura pbca cuando lo solicite el contratista, y siempre a costa de éste.

El contrato deberá contener el nombre de la Autoridad y del empresario, la definición de la obra, el plazo, la fianza... pues este contenido, aun no siendo la condición de perfección y validez del contrato, sí lo es para su eficacia.