

Fiscalización de los contratos de las Administraciones Públicas de conformidad con la normativa vigente

Sumario: I. CONTROL INTERNO Y CÁMARA DE CUENTAS: SUS RELACIONES.—
II. CÁMARA DE CUENTAS Y ASAMBLEA DE MADRID: SUS RELACIONES.—
III. LA CONTRATACIÓN Y SU FISCALIZACIÓN.—1. Contratación administrativa
y autonomía de la voluntad.—2. Fiscalización y requisitos de la contratación.—2.1. Ele-
mento subjetivo de la contratación.—2.2. Ámbito objetivo de aplicación.—2.3. Procedi-
miento de contratación.—2.4. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de prescrip-
ciones técnicas.—2.5. Procedimientos y formas de adjudicación.—2.6. Publicidad de la
contratación.—2.7. Perfección y formalización de los contratos.—3. Ejecución de los con-
tratos.—3.1. Mora del contratista.—3.2. Pago e intereses de demora.—3.3. Revisión de
precios.—3.4. Indemnizaciones.—3.5. Modificaciones de los contratos.—4. Cumplimien-
to de los contratos.—4.1. Cumplimiento.—4.2. Resolución del contrato.—5. Garantías
exigibles en los contratos con las Administraciones Públicas.—5.1. Garantía provisio-
nal.—5.2. Garantía definitiva.

I. CONTROL INTERNO Y CÁMARA DE CUENTAS: SUS RELACIONES

Entre las múltiples clasificaciones que del control de la actividad eco-
nómico-financiera del sector público se han hecho, resulta interesante resal-
tarla que se fundamenta en la naturaleza del órgano fiscalizador. A este res-
pecto se distingue entre el control interno, como aquel que se realiza por
un órgano incardinado en la entidad fiscalizada, y el control externo, que
es el llevado a cabo por un órgano que no pertenece a la entidad sujeta
a control. El hecho de la existencia de una fiscalización interna y una fis-
calización externa plantea el problema de la necesidad de armonizar ambos
tipos de control, en la medida en que tal armonización suponga, entre otras
cosas, complemento y colaboración en el mejor servicio al ejercicio de la
función fiscalizadora, que, en definitiva, es única, sin calificativos ni res-
tricciones que limiten el alcance según la entidad que la ejerza.

* Interventor General del Excmo. Ayuntamiento de Madrid.

La concurrencia de dos órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera del sector público no siempre ha sido considerada de utilidad, por considerar que su coexistencia supone multiplicar los trámites, duplicando gran parte del trabajo. Afirmación que entendemos carece de fundamento, pues aunque ambos controles, el control interno y el externo, recaen sobre el mismo objeto, no persiguen la misma finalidad ni tiene el mismo destinatario. De ahí que hayan de existir ambos controles, si bien coordinando su actividad. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, recoge la Declaración de Lima de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, que afirma que «incumbe a la Entidad Fiscalizadora Superior, como órgano de control externo, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Asegurada la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones, a la delegación de las funciones oportunas y a la cooperación entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el órgano de control interno, independientemente del derecho de la Entidad Fiscalizadora Superior a un control total».

Siguiendo dicha pauta, para el ejercicio de la fiscalización, además de los controles que la propia Cámara entienda pertinentes, la Ley ha previsto expresamente que se utilice la técnica del análisis de funcionamiento de los sistemas de control interno que, en cada momento operen, y señaladamente los ya realizados en cada caso por la Intervención. De esta manera, el artículo 7.2 de la Ley ha dispuesto que en el ejercicio de la función fiscalizadora, la Cámara de Cuentas analizará la eficacia de los sistemas de control de legalidad y regularidad internos, evaluando las estructuras y procedimientos de la gestión económica financiera, a cuyos efectos la Cámara podrá recabar y utilizar los datos correspondientes a cualquier función interventora o de control interno que se haya efectuado en los sujetos del sector público. Pues Cámara de Cuentas e Intervención son dos instituciones que coinciden en un mismo control, pero en fases distintas de la actividad administrativa controlada y con diferentes efectos y destinatarios. Nota esencial, común a ambas, es la neutralidad que, en todo momento, han de guardar en el ejercicio de su función, pues, en otro caso, se pondría en peligro su independencia. Y como notas características de ambas instituciones, que justifican su coexistencia, podemos destacar:

1. El órgano interventor practica un control preventivo que permite la corrección antes de que se realice el acto administrativo de contenido económico. La Cámara de Cuentas actúa *a posteriori*, siendo su función la de enjuiciar la adecuación entre mandato y realización.
2. El control de la intervención se realiza acto por acto. El de la Cámara de Cuentas tiene por objeto fiscalizar el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía, por lo que se realiza de forma global, sin perjuicio de descender al nivel concreto cuando lo considere conveniente.

3. El control de la Intervención puede provocar la alteración y modificación del acto reparado. Sin embargo, la actuación de la Cámara de Cuentas no puede alterar ni modificar actos fiscalizados, sino únicamente determinar las infracciones, abusos o prácticas irregulares observadas, con indicación de la responsabilidad en que haya incurrido y las medidas para exigirla.
4. La Intervención, al actuar como órgano de la Administración tiene como techo máximo el Pleno de la Corporación, con cuya resolución se alcanza la terminación definitiva del acto administrativo y se libera de responsabilidad al titular de la función interventora, al menos en cuanto a la discrepancia producida. La Cámara de Cuentas está por encima de la Administración que controla y no tiene superior.
5. La función ejercida por el órgano interventor surge con la actuación del órgano competente para gestionar el gasto. La Cámara de Cuentas, por el carácter permanente, no necesita intervención de la entidad fiscalizada.
6. El acto de intervención forma parte del acto administrativo y constituye un requisito esencial del mismo, sin cuya existencia queda viciado. El acto de control de la Cámara de Cuentas es revisor, actúa una vez completo dicho acto administrativo, y, precisamente, sobre las consecuencias económicas que haya producido.
7. Los funcionarios de la Intervención tienen responsabilidad personal y directa, enmarcada en el artículo 169 de la LHL, así como por lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Presupuestaria. Su exigencia no admite excepciones al extenderse, incluso, a los casos en que se actúe con ignorancia inexcusable. La Cámara de Cuentas carece de este tipo de responsabilidad, limitándose a exigirla con arreglo a sus propias normas, de las que son supletorias, conforme a la Disposición Adicional segunda, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, Ley 2/1982, de 12 de mayo, y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Naturalmente, sin perjuicio de la responsabilidad de carácter civil, penal o disciplinaria en que pudieran incurrir sus miembros en el ejercicio de la función fiscalizadora.
8. Los informes de la Intervención son esenciales para integrar el acto administrativo y contribuyen a formar la voluntad administrativa en la decisión del gasto, por lo que la destinataria de los mismos es la propia Administración. Por el contrario, los informes y memorias del Tribunal de Cuentas están al margen de los actos fiscalizados, y recogen las observaciones que resultan de su comprobación.

Centrados ya ambos órganos de control, ha de abogarse por la relación y coordinación entre ambos controles, cuya acción conjunta podría traducirse, por una parte, en una coordinación a nivel orgánico, que propiciara el mantenimiento de relaciones entre ambos órganos, para la unificación de criterios, armonización de disposiciones, etc.; y, por otra, en una coor-

dinación funcional, de manera que las experiencias de control de la Intervención y la Cámara no sean recíprocamente minusvaloradas, debiendo materializarse la colaboración en consultas mutuas sobre cuestiones de interés común, comunicación de criterios, etc.

II. CÁMARA DE CUENTAS Y ASAMBLEA DE MADRID: SUS RELACIONES

En todo caso, y sin perjuicio de que el presente trabajo pretenda analizar el control, que se ejerce sobre la contratación de las Administraciones Públicas, sí parece conveniente hacer referencia a las relaciones entre el órgano de control externo, esto es, la Cámara de Cuentas, y la Asamblea de Madrid.

La Cámara de Cuentas de Madrid, al igual que otros órganos de control externo, está vinculada a la Asamblea legislativa autonómica; si bien, en el ejercicio de sus funciones, debe actuar con independencia. Estas características se recogen en la Ley 11/1999, de 29 de abril, de Creación de la Cámara de Cuentas de Madrid, que la define en su artículo 1.1, como: *«el órgano dependiente de la Asamblea de Madrid al que corresponde ejercer el control económico y presupuestario del sector público de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley»*, al tiempo que señala, por un lado, en el apartado 2 de este artículo 1 que: *«en el ejercicio de sus funciones, la Cámara de Cuentas actúa con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico»*, y, por otro, reconoce, en el artículo 3 referido a la organización de la Cámara, su facultad para organizar sus asuntos relacionados con su régimen interno y su personal, de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funcionamiento.

Esta dependencia o vinculación a la que se refiere el texto de la Ley supone, necesariamente, la existencia de relaciones entre las dos instituciones, tanto en el relativo a su composición y funcionamiento, como en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias.

Así, la Ley establece la competencia de la Asamblea para elegir a los Consejeros por un período de seis años, cesarlos por incumplimiento grave de los deberes de su cargo y nombrar a su Presidente, elegido por los Consejeros de entre sus miembros. Cuestión de interés es, por otra parte, la referida a su Reglamento de Organización y Funcionamiento, todavía pendiente de elaboración, que si bien debe ser redactado por la propia Cámara, su aprobación definitiva corresponde a la Asamblea (Disposición Transitoria tercera de la Ley). Esta Disposición plantea no sólo dudas sobre la tramitación de dicha iniciativa en la Asamblea, ya que no existe previsión alguna ni en su Reglamento ni en sus normas de desarrollo en relación con este punto, sino también acerca del grado de autonomía real que a aquel órgano se le confiere.

Por lo que se refiere a su presupuesto dos referencias hace la Ley, la primera en el artículo 3, según el cual la Cámara elaborará y aprobará anualmente el proyecto de su Presupuesto que se integrará en el Proyecto de

Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, constituyendo una sección específica y diferenciada, para su tramitación y, en su caso, aprobación por la Asamblea de Madrid; y la segunda, en el 44 que establece que la liquidación del Presupuesto de la Cámara de Cuentas será presentada por el Presidente de la misma antes de concluir el primer trimestre del ejercicio posterior al que se refiere su liquidación.

Pero, sobre todo, es destacable la relación Asamblea de Madrid-Cámara de Cuentas en lo referido al ejercicio de sus funciones. En este sentido, debemos hacer la distinción entre función fiscalizadora y función de asesoramiento.

Respecto de la *función fiscalizadora*, su iniciativa corresponde a la Asamblea junto con la propia Cámara de Cuentas, tal y como lo establece el artículo 10 de la Ley 11/1999, que, asimismo, hace remisión expresa, en cuanto a la tramitación de dicha iniciativa, al Reglamento de la Asamblea. En este punto, se ha de destacar que *«no existiendo previsión reglamentaria específica respecto de las relaciones de la Asamblea de Madrid con la Cámara de Cuentas, a diferencia de lo que expresamente se dispone respecto de las relaciones con el Tribunal de Cuentas en el Capítulo II del Título XX del Reglamento, se entienden susceptibles de aplicación las reglas procedimentales que los artículos 241 y 242 prevén para el impulso de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas»*, cuyo tenor se ha adaptado mediante la Resolución de la Presidencia de la Asamblea de 2 de marzo de 2001, sobre el impulso del ejercicio de esta función fiscalizadora. Conforme a esta última, podrán solicitar la iniciativa los Grupos Parlamentarios y, en su ámbito, los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, previo acuerdo adoptado por el Pleno, con lo que se da cumplimiento —aunque sólo parcial— a lo establecido en el mencionado artículo 10 de la Ley de la Cámara de Cuentas, que reconoce que los sujetos integrantes del sector público madrileño, respecto de sí mismos y previo acuerdo de sus órganos competentes, podrán interesar igualmente la actuación fiscalizadora de la Cámara de Cuentas a través de la Asamblea de Madrid.

Por lo que respecta al cumplimiento de la función fiscalizadora por la Cámara de Cuentas, también se observan las múltiples relaciones que entre las dos instituciones se establecen. En efecto, se exige que la Cámara de Cuentas en el ejercicio de esta función comunique, en todo caso, a la Asamblea de Madrid la falta de colaboración de los obligados a prestarla. Se establece que la Cámara de Cuentas remita una *Memoria* anual a la Asamblea antes del 31 de diciembre de cada año. Además, en cualquier momento, a iniciativa propia o a petición de la Asamblea de Madrid, podrá emitir informes que elevará a dicha Asamblea. Por último, la Cámara de Cuentas rendirá a la Asamblea de Madrid, antes del 1 de abril de cada año, una memoria de las actuaciones realizadas en el ejercicio inmediatamente anterior.

Para la tramitación de estos informes y ante la falta de referencia expresa en el Reglamento se ha aprobado una Resolución de la Presidencia de 25 de febrero de 2002, en cuya Exposición de Motivos se señala que: *«se entienden susceptibles de aplicación las reglas procedimentales que los artículos 239 y 240 del Reglamento prevén para los informes y memorias relativas a la función fiscalizadora*

ante el Tribunal de Cuentas, cuyo tenor literal se adapta para disciplinar supletoriamente mediante la presente Resolución». Conforme a la misma, la tramitación de las memorias e informes se hará en la Comisión de Presupuestos, pudiendo ésta pedir que la presentación de la memoria o informes se realice por el Presidente de la Cámara de Cuentas; al mismo tiempo, se regula la posible presentación de propuestas de resolución, que no podrán modificar el contenido del informe elaborado por la Cámara.

Finalmente, y por lo que a la *función consultiva* se refiere, las relaciones entre Cámara de Cuentas y Asamblea de Madrid difieren en intensidad, según dicha función se refiera al asesoramiento directo a la Asamblea o al Ejecutivo. En el primer caso, la Cámara emitirá dictamen, en un plazo máximo de quince días, respecto de proyectos, proposiciones de ley y disposiciones de carácter general, cuando sea requerida por la Comisión de Presupuestos, en el segundo, el Gobierno podrá solicitar informe de los anteproyectos de disposiciones de carácter general por conducto de la Asamblea.

III. LA CONTRATACIÓN Y SU FISCALIZACIÓN

1. Contratación administrativa y autonomía de la voluntad

Una primera cuestión que se nos plantea, en materia de fiscalización referida a la contratación pública, es la relativa a la autonomía de la voluntad de las partes, recogida en el artículo 4 de la LCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, según el cual:

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

La jurisprudencia ha señalado la coincidencia de este precepto, que ya existía en la LCE, con el artículo 1.255 del Cc, conforme al cual «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

El precepto del artículo 4 tiene, no obstante, un sentido distinto del que tiene el artículo 1.255 del Cc. Pues, mientras este precepto implica una autolimitación de la ordenación estatal, que deja espacios libres en los que puede insertarse la actividad normativa de los particulares —limitada, a su vez, por intereses sociales, de la comunidad o del Estado—, el del artículo 4 fija el límite de validez de la autonomía de la voluntad, estableciendo los fines a perseguir con la contratación administrativa —interés público—, los medios a emplear —principios de buena administración— y recuerda el sometimiento al ordenamiento jurídico. El pliego de condi-

ciones debe incluir los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato, debiendo ajustarse el contrato a los pliegos, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de aquéllos. Pero siempre, con las limitaciones impuestas por el artículo 4 a la autonomía de la voluntad. Así, y como ejemplo, quedará fuera de la voluntariedad de las partes el aplazamiento del pago del precio, pues conforme al ordenamiento jurídico, artículo 14.2.º, salvo que una ley lo autorice expresamente, «se prohíbe el pago aplazado del precio».

2. Fiscalización y requisitos de la contratación

El artículo 11 del TRLCAP establece los requisitos a que han de ajustarse los contratos, disponiendo que:

1. Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.
2. Son requisitos necesarios para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley:
 - a) La competencia del órgano de contratación.
 - b) La capacidad del contratista adjudicatario.
 - c) La determinación del objeto del contrato.
 - d) La fijación del precio.
 - e) La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.
 - f) La tramitación del expediente, al que se incorporarán 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.
 - g) 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 esta Ley.
 - h) La aprobación del gasto por el órgano competente para ello.
 - i) La formalización del contrato.

Este precepto puede ser considerado como básico en materia de fiscalización de la contratación de las Administraciones Públicas. Pues, aunque de su redacción pudiera desprenderse que sólo los apartados e), g) y h) afectan a la competencia fiscalizadora, en realidad, cuando llega el expediente a manos del Órgano Interventor, ha de examinar todos y cada uno de los aspectos contemplados por el precepto.

2.1. Elemento subjetivo de la contratación

2.1.1. La Administración

El primer punto a que hemos de referirnos es el de en qué casos ha de actuar la función fiscalizadora. Desde un punto de vista subjetivo, se precisa un primer elemento, cual es el de que el ente público que contrata se encuentre incluido en el ámbito de aplicación subjetiva del artículo 1 de la Ley. En lo que a nosotros respecta, es claro que, conforme al número 2.c) de la LCAP «**las entidades que integran la Administración Local**» están sometidas a sus preceptos, considerando incluidos, también, en su ámbito, por imperativo del apartado 3.º, los «Organismos Autónomos», tanto administrativos como comerciales, industriales, financieros o análogos, salvo lo previsto en el artículo 3.1.f), así como las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes, cuando hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil o que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por la entidad local o cuya gestión se halle sometida a su control. Igualmente, las sociedades mercantiles, Disposición Adicional sexta de la LCAP, en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la entidad o sus organismos autónomos se someten a los preceptos de esta Ley, en cuanto a determinados principios, como son los de publicidad y concurrencia.

Establecido que las entidades locales quedan sometidas a las normas del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el segundo elemento a examinar es el de la competencia del órgano para contratar. Extremo que nos conduce al examen de los artículos 21 y 22 y 33 y 34 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Conforme a tales preceptos:

- **El Presidente es competente para contratar:**

- **Conforme a los artículos 21.ñ) y 34.k):**

- a) Cuando el importe de los contratos no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni 1.000 millones de pesetas (500 millones de pesetas el Presidente de la Diputación).
- b) En el caso de contratos plurianuales, cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

- **Conforme a los artículos 21.p) y 34.m):**

- a) Adquisición de bienes y derechos cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, ni de 500 millones de pesetas.

- b) Enajenación del patrimonio con los mismos límites, siempre que su enajenación esté prevista en presupuesto.

— **Conforme a los artículos 21.f) y 34.f):**

- a) Contratación de operaciones de crédito a largo plazo previstas en el presupuesto y su importe acumulado durante el ejercicio no supere el 10 por 100 de sus recursos ordinarios.
- b) Contratación de operaciones de tesorería siempre que el importe acumulado de las operaciones vivas no supere el 15 por 100 de los ingresos liquidados en el ejercicio anterior.

• **El Pleno es competente para contratar:**

- **Conforme a los artículos 22.m) y 33.k)** las operaciones de crédito a largo y corto plazo que superen los porcentajes atribuidos al Alcalde o Presidente: mayoría absoluta del artículo 47.3.
- **Conforme a los artículos 22.n) y 33.l)** las contrataciones que superen los límites atribuidos al Alcalde o Presidente.
- **Conforme a los artículos 22.o) y 33.n)** la adquisición de bienes y derechos, así como las enajenaciones patrimoniales, en los supuestos en que no está atribuida la competencia al Alcalde o Presidente.

2.1.2. *El Contratista*

Desde otra perspectiva, aunque dentro de este aspecto subjetivo, el otro elemento de la relación, el contratista, ha de reunir los requisitos de capacidad y compatibilidad, específicamente previstos en cada caso, para cada tipo de contrato (arts. 15 a 34). A este respecto, y como especialidad, el apartado 1 del artículo 197, para los contratos de Consultoría y Asistencia y los de Servicios, exige, además de las condiciones generales, acreditar que la finalidad o actividad del contratista tiene relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales, y se acredite debidamente. Al propio tiempo, se ha de disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. En realidad, este precepto comporta una aplicación específica de los requisitos generales exigidos al contratista en el Título II del Libro I, en especial, del requisito de la adecuada solvencia técnica o profesional, del artículo 15.1, cuya acreditación podrá realizarse por alguno de los medios enumerados en los artículos 16 y 19. Y la duda que se plantea es la de si la acreditación de las condiciones establecidas por el artículo 197.1, puede ser sustituida por la clasificación que, según los artículos 15 y 25, es exigible en los casos previstos en la Ley. Parece que este precepto no sólo desea asegurar una adecuada capacidad, cuya acreditación podría realizarse indistintamente por los medios del artículo 19 o la clasificación, sino que, además, quiere garantizar otros extremos con el fin de asegurar limpieza

de la adjudicación, como puede ser la existencia de una relación directa entre el objeto del contrato y la actividad del contratista, a fin de evitar la creación de empresas fantasma o el desvío de contratos a empresas ajenas al sector de que se trate. Por ello, este artículo 197 actúa como norma especial que añade un nuevo requisito a los exigidos con carácter general, requisito que ha de acreditarse y no puede ser sustituido por la clasificación, que será, además, exigible en los casos del artículo 25.

Por otra parte, en ningún caso, podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 20.

A) *Capacidad para contratar con la Administración*

Ello nos lleva al estudio de la capacidad para contratar con la Administración y su acreditación, pues no todo el mundo puede ser contratista: es preciso gozar de capacidad jurídica y de capacidad de obrar desde el punto de vista del Derecho privado, pero, además, se ha de gozar de solvencia financiera y económica. Requisito éste que puede sustituirse por la clasificación en los casos que sea exigible por Ley. Igualmente se exige no estar incurso en ninguna de las prohibiciones establecidas en la Ley. Así lo establece el artículo 15 de la Ley, al disponer que «podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último, que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible».

a) *Acreditación de la capacidad para contratar*

La forma de acreditación de la capacidad de las personas jurídicas se contiene en el número 2 del mismo artículo 15, y en los artículos 9 y siguientes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre:

«La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional, en el que constaren las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial. Cuando se trate de empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, deberán acreditar su inscripción en un registro profesional o comercial cuando este registro sea exigido por la legislación del Estado respectivo. Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad

de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa».

b) *Acreditación de la solvencia económica y financiera*

Conforme al artículo 16, la justificación de la solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Informe de instituciones financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- b) Tratándose de personas jurídicas, presentación de las cuentas anuales o extracto de las mismas, en el supuesto de que la publicación de éstas sea obligatoria en los Estados en donde aquéllas se encuentren establecidas.
- c) Declaración relativa a la cifra de negocios global y de las obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios.

Si por razones justificadas un empresario no puede facilitar las referencias solicitadas podrá acreditar su solvencia económica y financiera por cualquier otra documentación considerada como suficiente por la Administración.

c) *Acreditación de la solvencia técnica*

La Ley establece distintos requisitos según el tipo de contrato, en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley.

En los contratos de obras la solvencia técnica del empresario podrá ser justificada por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los responsables de las obras.
- b) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes.
- c) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá el empresario para la ejecución de las obras.
- d) Declaración sobre los efectivos personales medios anuales de la empresa, indicando, en su caso, grado de estabilidad en el empleo de los mismos y la importancia de sus equipos directivos durante los tres últimos años.
- e) Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras.

En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:

- a) Por relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicándose su importe, fechas y destino público o privado, a la que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos.
- b) Descripción del equipo técnico, medidas empleadas por el suministrador para asegurar la calidad y los medios de estudio e investigación de la empresa.
- c) Indicación de los técnicos o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente de aquellos encargados del control de calidad, así como, en su caso, grado de estabilidad en el empleo del personal integrado en la empresa.
- d) Muestras, descripciones y fotografía de los productos a suministrar.
- e) Certificaciones establecidas por los institutos o servicios oficiales u homologados encargados del control de calidad y que acrediten la conformidad de artículos bien identificados con referencia a ciertas especificaciones o normas.
- f) Control efectuado por la Administración o en su nombre por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o a título excepcional deban responder a un fin particular; este control versará sobre las capacidades de producción y, si fuera necesario, de estudio e investigación del empresario, así como sobre las medidas empleadas por este último para controlar la calidad.

En los demás contratos regulados por esta Ley la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Las titulaciones académicas y profesionales de los empresarios y del personal de dirección de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.
- b) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos.
- c) Una descripción del equipo técnico y unidades técnicas participantes en el contrato, estén o no integrados directamente en la empresa del contratista, especialmente de los responsables del control de calidad.
- d) Una declaración que indique el promedio anual de personal, con mención, en su caso, del grado de estabilidad en el empleo y la plantilla del personal directivo durante los últimos tres años.
- e) Una declaración del material, instalaciones y equipo técnico de que disponga el empresario para la realización del contrato.

- f) Una declaración de las medidas adoptadas por los empresarios para controlar la calidad, así como de los medios de estudio y de investigación de que dispongan.
- g) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o en nombre de éste por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, con el acuerdo de dicho organismo sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

d) *Prohibición de contratar*

En ningún caso, podrán contratar con la Administración, conforme al artículo 20, las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Haber sido condenadas mediante 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 y a los consumidores. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada 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.
- b) Haber sido declaradas 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 fueren rehabilitadas.
- c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.
- d) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social o en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales.

- e) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal. Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales en los términos que, respectivamente, les sean aplicables.
- f) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine.
- g) Haber incurrido en falsedad grave al facilitar a la Administración las declaraciones exigibles en cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de sus normas de desarrollo.
- h) Haber incumplido las obligaciones impuestas al empresario por los acuerdos de suspensión de las clasificaciones concedidas o de la declaración de inhabilitación para contratar con cualquiera de las Administraciones Públicas.
- i) Si se trata de empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, no hallarse inscritos, en su caso, en un Registro profesional o comercial en las condiciones previstas por la legislación del Estado donde están establecidos.
- j) Haber sido sancionado como consecuencia del correspondiente expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 82 de la Ley General Presupuestaria (subvenciones y ayudas públicas) y en el artículo 80 de la Ley General Tributaria (infracciones tributarias).
- k) No hallarse debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo dispuesto en esta Ley o no acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

B) *Clasificación del contratista*

El artículo 25.1 establece que para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, en ambos casos, por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas (120.202,42 euros), será requisito indis-

pensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación. Se exceptúan de este requisito los contratos comprendidos en las categorías 6 y 21 del artículo 206 (servicios financieros y jurídicos), así como, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Este requisito será exigido igualmente al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido exigido al cedente.

No obstante, por Real Decreto podrá exceptuarse la clasificación para determinados grupos y subgrupos de los contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible o acordar 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 habida cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los citados grupos y subgrupos. El límite establecido anteriormente podrá 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.

En el número 2 se establece que para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, será suficiente que acrediten, en su caso, ante el órgano de contratación correspondiente su solvencia económica y financiera, técnica o profesional, conforme a los artículos 16, 17 y 19, así como su inscripción en el Registro al que se refiere el artículo 20, párrafo i), todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 79.

Y también se prevé un supuesto excepcional, en aquellos casos en que se considere que sea conveniente para los interesados públicos, pero sólo para el Estado y las Comunidades Autónomas: la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado. En el ámbito de las Administraciones de las Comunidades Autónomas dicha autorización será otorgada por los órganos competentes.

También tiene en cuenta la Ley la posibilidad de que no concurra ninguna empresa clasificada, en cuyo caso se faculta al órgano de contratación para excluir el requisito de clasificación previa en el siguiente procedimiento que para la adjudicación del mismo contrato se convoque, con precisión 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 de entre los especificados en los artículos 16 a 19 de esta Ley.

La clasificación de las empresas no tiene carácter permanente, sino que, conforme al artículo 29, se acordará por un plazo de dos años y se efectuará en función de los elementos personales, materiales, económicos y técnicos de que dispongan respecto de la actividad en que la soliciten y, en su caso, de la experiencia en trabajos realizados directamente en el último quinquenio. Las clasificaciones acordadas serán revisables a petición de los interesados

o de oficio por la Administración en cuanto dejen de ser actuales las bases tomadas para establecerlas.

También cabe la posibilidad de suspensión de las clasificaciones, en los supuestos del artículo 33 de la Ley.

2.2. *Ámbito objetivo de aplicación*

2.2.1. *Contratos incluidos y excluidos*

La LCAP establece unas disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas (Libro I), y una regulación específica de los contratos típicos administrativos (Libro II), por lo que en los artículos 5 a 9 señala el carácter administrativo de los contratos públicos y su régimen jurídico. En todo caso, quedan fuera de ámbito de esta Ley los contratos enumerados en el artículo 3, que excluye, en su número 1:

- a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.
- b) Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios.
- c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí.
- d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán, asimismo, excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- e) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de Derecho internacional público.
- f) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos autónomos de las Administraciones Públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.
- g) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra o relativos a los con-

tratos regulados en el Título IV, Libro II de esta Ley, destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.

- h) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.
- i) Los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional.
- j) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.
- k) Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España. Se entienden, asimismo, excluidos los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores.

En su número 2 dispone que los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Hemos de referirnos, en este punto, al tema de los contratos de préstamo regulados en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, desde una doble perspectiva, cual es la de si siempre quedan fuera del ámbito de la LCAP y la de si, no obstante, negocios o contratos excluidos quedan afectados por las prohibiciones de contratar. En relación con la primera de las cuestiones, aquella Ley, en su artículo 53.1 dispone:

«En la concertación o modificación de toda clase de operaciones de crédito con entidades financieras de cualquier naturaleza, cuya actividad esté sometida a normas de Derecho privado, vinculadas a la gestión del presupuesto en la forma prevista en la sección 1.^a del Capítulo I del Título VI de esta Ley 39/1988, de 28 de diciembre, será de aplicación lo previsto en la letra k) del artículo 3, apartado 1, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

En caso de que no existan previsiones presupuestarias al efecto, será de aplicación, en todo caso, el artículo 9 de la mencionada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo que se realice la oportuna adaptación del Presupuesto o de sus bases de ejecución, como condición previa a la viabilidad de los compromisos adquiridos para suscribir la correspondiente operación de crédito. Dicha modificación deberá realizarse por acuerdo del Pleno de la Corporación, en cualquier caso.»

Realmente, el precepto es innecesario, pues en ningún caso una operación de crédito puede considerarse desligada del presupuesto. Por lo que respecta

a las operaciones a largo plazo, por la misma naturaleza de dichas operaciones, las cuales, como destinadas a financiar inversiones y en virtud del principio presupuestario de universalidad, han de recogerse obligatoriamente como ingreso del presupuesto. Por lo que afecta a las operaciones de tesorería, por cuanto han de contar con las previsiones presupuestarias precisas para afrontar los gastos financieros que de ellas se derivan. Así pues, de no estar previstas unas y otras inicialmente en el presupuesto, éste ha de modificarse para recoger las previsiones que «presupuestariamente» y, en todo caso, les afectan. En consecuencia, desde esta perspectiva hemos de concluir que siempre tales contratos han de considerarse como excluidos a los efectos de los requisitos exigidos para su preparación y adjudicación.

No podemos, sin embargo, afirmar lo mismo en cuanto a la aplicación del artículo 20 de la LCAP, pues hemos de fijarnos en la finalidad que justifica la exigencia de determinadas circunstancias o requisitos a quienes pretenden contratar con la Administración.

La finalidad de los contratos de la Administración es la de seleccionar colaboradores para el cumplimiento de las finalidades públicas. Inicialmente existe un derecho de cualquier persona de contratar con la Administración, si bien se exige el cumplimiento de determinados requisitos; entre otros, los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Ley Reguladora de la Contratación Pública. Pues, aunque la condición de contratista no es equiparable al ejercicio de un cargo público, como dice Morell Ocaña¹, «ha de ser entendida como desempeño de una determinada función pública. Y es la naturaleza de la función la que legitima el establecimiento de exigencias positivas en el contratista». Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, en su artículo 29, establece las causas por las que se podrá excluir a alguien de la participación en un contrato, y, entre ellas, señala la necesidad de no estar incurso cualquier contratista en las prohibiciones de contratar del artículo 20.

Por otra parte, la propia redacción del párrafo 1.º del artículo 20 da pie para tal interpretación. Dicho artículo no habla de contratos administrativos, sino de posibilidad de contratar con la Administración. Si el apartado k) del artículo 3.1.º de la Ley configura como «contratos» a los relacionados con la instrumentación de operaciones financieras, quiere decir que, como contratos con la Administración, el contratista se encuentra sujeto al cumplimiento del artículo 20 de la Ley.

Asimismo, el número 2 del artículo 3 también avala la anterior interpretación, pues al no existir normas especiales, han de aplicarse los principios del TRLCAP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

En cualquier caso, dejando aparte la discusión acerca de si le son aplicables a los contratos de préstamo determinados preceptos de la Ley Contractual, lo que sí es cierto es que, si no al contrato, sí le son aplicables al contratista, pues cuando el repetido párrafo 1.º del artículo 20 prohíbe contratar, se está refiriendo al contratista y no al contrato. Por lo que aunque

¹ Luis Morell Ocaña, *Requisitos de los contratos. Comentarios a la LCAP*, Ed. Civitas.

los contratos de préstamos o crédito no se sujeten a los preceptos de la Ley, cualquier contratista lo está, por lo que, de incurrir en cualquiera de las causas contenidas en el artículo 20 le inhabilitará para ser contratista con la Administración.

2.2.2. *Categorías de contratos*

De conformidad con la legislación de contratos, en los celebrados por la Administración han de distinguirse las siguientes categorías:

a) *Contratos administrativos*

El artículo 5 de la norma contractual, después de constatar que los contratos que celebre la Administración pueden tener carácter administrativo o carácter privado, en el apartado a) de su número 2, define los contratos administrativos como aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) *Contratos administrativos especiales*

Los contempla el apartado b) del número 2 del mismo artículo 5, considerando como tales los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

c) *Contratos privados*

El número 3 del mismo precepto considera que los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

d) *Contratos mixtos*

El artículo 6 de la Ley establece que cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

2.2.3. *Régimen jurídico de los distintos tipos de contratos*

a) *De los contratos administrativos*

El artículo 7 de la Ley dispone que los contratos administrativos se registrarán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b), se registrarán por sus propias normas con carácter preferente. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos.

Puede decirse, con carácter general, que esta diferencia de régimen jurídico se pone de manifiesto en las prerrogativas que tiene la Administración, en cuanto a los efectos y extinción de los contratos, en el caso de los contratos administrativos, prerrogativas que, en ningún caso, se dan en los contratos privados. Prerrogativas que aparecen recogidas en el artículo 59.1 en los siguientes términos:

«1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de *interpretar* los contratos administrativos, *resolver las dudas* que ofrezca su cumplimiento, *modificarlos* por razones de interés público, *acordar su resolución* y *determinar los efectos* de ésta.»

De ahí que, conforme al artículo 8.2.a) y c), sea obligatorio consignar en el pliego de cláusulas administrativas particulares su naturaleza y las prerrogativas de la Administración a que se refiere aquel artículo.

Para que la Administración pueda hacer uso de tales prerrogativas, debe informar previamente el Servicio Jurídico y, en algunos casos, el Consejo de Estado, conforme al número 3 del mismo artículo 59:

- «3. Será preceptivo el Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:
- a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

- b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros).»

b) *De los contratos administrativos especiales*

Conforme a los artículos 7 y 8 del TRLCAP, estos contratos se regirán por sus propias normas con carácter preferente. En su defecto, su régimen es el general de los contratos administrativos.

c) *De los contratos privados*

En los contratos privados debe distinguirse entre los llamados actos preparatorios, o separables, como los considera el número 3 del artículo 9 (preparación y adjudicación) y los relativos a sus efectos y extinción.

Conforme al artículo 9, los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas.

Los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los Capítulos II y III del Título IV, Libro II, de esta Ley.

El orden jurisdiccional civil es el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados, salvo en lo que respecta a los actos jurídicos separables (los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato) que, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción.

d) *De los contratos mixtos*

Los contratos mixtos son aquellos que tienen elementos de varios contratos típicos, lo que complica la determinación de su régimen jurídico. Para fijarlo puede optarse, o bien por la teoría de la combinación, en virtud de la cual han de aplicarse las normas de los distintos contratos típicos a cada

una de las prestaciones diferentes que conforman el contrato mixto, bien por la teoría de la absorción, según la cual ha de determinarse cuál es la prestación principal del contrato, siendo ésta la que determine el régimen jurídico. Esta última es la que sigue nuestra legislación en materia de contratos, pues el artículo 6 de la Ley dispone que «cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

2.3. *Procedimiento de contratación*

El procedimiento de contratación, con carácter general, se desarrolla en dos fases sucesivas, perfectamente delimitadas:

La primera está constituida por las actuaciones preparatorias, encaminadas a la constatación de la oportunidad del proceso contractual, la existencia de consignación presupuestaria, previa y suficiente, la delimitación y descripción del objeto del contrato y establecimiento de sus condiciones particulares, tanto técnicas como administrativas, requisitos exigibles a los licitadores y elección del procedimiento de adjudicación.

La segunda, consistente en la apertura del proceso material de selección, se inicia una vez completadas las operaciones anteriormente descritas, que, documentalmente, se reflejan en el que el artículo 67.1.º denomina «Expediente de Contratación», que ha de incorporar, conforme al número 2 del precepto, además de la declaración de voluntad contractual de la Administración y la aprobación del gasto correspondiente, las prescripciones técnicas a las que ha de ajustarse la ejecución del contrato, el certificado de la existencia de crédito, y la fiscalización de la Intervención en los términos previstos en la vigente normativa presupuestaria aplicable.

Como especialidad del artículo 202.1.º, podemos señalar, en relación con las actuaciones preparatorias de los contratos de consultoría y asistencia y de los de servicios, la referida al extremo relativo a la oportunidad del contrato: se exige justificar debidamente en el expediente de contratación, por parte del servicio interesado, «la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de la no ampliación de los medios personales o materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato». Justificación que, de no constar en el expediente, puede originar que se cuestione su validez.

2.3.1. *El expediente de contratación*

Conforme a los artículos 67 y 69, a todo contrato administrativo precederá la tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo, que conlleva la aprobación del gasto, una vez haya sido completado

en los términos del citado artículo 67, iniciándose el procedimiento de adjudicación.

El procedimiento de contratación es garantía de legalidad y acierto en las decisiones, de modo que la voluntad individual del órgano de contratación se ve sustituida, encauzada y apoyada por el procedimiento. De ahí que a todo contrato debe preceder la tramitación de un expediente, que ha de ser fiscalizado, en que se fije el objeto, el precio y los derechos y obligaciones de las partes, así como los demás requisitos necesarios para la celebración del contrato, entre los cuales se encuentran los relativos al gasto público que el contrato comporta: existencia de crédito, fiscalización y aprobación del gasto. El contenido del expediente será distinto dependiendo del tipo de contrato. Pero, en todo caso, deberá recoger el pliego de cláusulas, el certificado de existencia de crédito y la fiscalización de la Intervención.

2.3.2. Clases de tramitación del expediente de contratación

Conforme al artículo 70 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los expedientes de contratación podrán ser tramitados de los siguientes modos:

- Tramitación urgente.
- De emergencia.
- Aunque no figura entre las enumeradas en el artículo 70, puede considerarse como un supuesto especial de tramitación el previsto para aquellos contratos que se adjudiquen por concurso y cuyos presupuestos o proyectos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.
- Tramitación ordinaria.

A) Tramitación urgente

El artículo 71.1 del TRLCAP y el artículo 116 del TRRL contemplan los expedientes que pueden ser objeto de tramitación urgente, refiriéndose a aquellos contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos, el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación debidamente motivada.

El número 2 del mismo artículo 71 establece las normas a las que han de sujetarse tales expedientes de contratación.

El artículo 54.4 establece que la Administración podrá iniciar la ejecución del contrato sin su formalización, caso excepcional, juntamente con los supuestos de emergencia.

B) *Tramitación de emergencia*

Conforme a los artículos 72 del TRLCAP y 117 del TRRL, cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen:

- a) El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito. La Ley de Contratos obliga a que se dé cuenta al Consejo de Ministros, pero en el ámbito local ha de entenderse de aplicación lo dispuesto en los artículos 21.1.m) de la LRBRL y 117.1.1.º, párrafo 2.º, del TRRL, por lo que el órgano de contratación competente será el Alcalde, quien habrá de dar cuenta inmediata al Pleno de las medidas adoptadas.
- b) Simultáneamente, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con el carácter de a justificar.
- c) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.
- d) La gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley.
- e) En los casos de tramitación de emergencia, conforme a los artículos 54.4 y 55 de la Administración, podrá iniciar la ejecución del contrato sin su formalización, y podrá, asimismo, contratar verbalmente la ejecución de las obras.

C) *Adjudicación por concurso sin proyecto o presupuesto previo*

En estos casos, la resolución del órgano de contratación aprobando el expediente de contratación, tal como establecen los artículos 69.1 y 85.a), no comprende la aprobación del gasto, pues al no existir presupuesto éste debe ser presentado por los licitadores.

La aprobación del gasto se produce, conforme al artículo 89, en el momento en que se conoce cuál va a ser el importe del contrato, es decir, en el plazo de tres meses que tiene el órgano de contratación para realizar la adjudicación del contrato desde la apertura de proposiciones económicas por la mesa de contratación.

Otros trámites, como el informe de la oficina de supervisión de proyectos y la aprobación del proyecto, también se tendrán que demorar hasta que se conozca el adjudicatario.

D) *Tramitación ordinaria*

El procedimiento de contratación, con carácter general, se desarrolla en dos fases sucesivas, perfectamente delimitadas:

La primera está constituida por *las actuaciones preparatorias*, encaminadas a la constatación de la oportunidad del proceso contractual, la existencia de consignación presupuestaria, previa y suficiente, la delimitación y descripción del objeto del contrato y establecimiento de sus condiciones particulares, tanto técnicas como administrativas, requisitos exigibles a los licitadores y elección del procedimiento de adjudicación.

Como especialidad del artículo 202, podemos señalar, en relación con las actuaciones preparatoria de estos contratos, la referida al extremo relativo a la oportunidad del contrato: se exige justificar debidamente en el expediente de contratación, por parte del servicio interesado, «la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de la no ampliación de los medios personales o materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato» (art. 202.1). Justificación que, de no constar en el expediente, puede originar que se cuestione su validez.

Por otra parte, el expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato (arts. 68 de la LCAP y 125 del TRRL), el cual no se podrá fraccionar con la finalidad de disminuir su cuantía para eludir los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda. Sólo en los casos previstos en los números 3 de la Ley de Contratos y 2 del Texto Refundido Local podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Una vez que haya quedado completado el expediente de contratación se abre la segunda fase, mediante resolución motivada del órgano de contratación aprobándolo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación, mediante la apertura del proceso material de selección del contratista. Resolución que ha de comprender la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional previsto en el artículo 85.a).

2.4. *Los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de prescripciones técnicas*

2.4.1. *Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales*

De acuerdo con los precedentes de la legislación vigente hasta su aparición, el TRLCAP establece que las condiciones jurídicas, económicas y

técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos, han de instrumentarse a través de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, según normas generales contenidas en los artículos 48 a 52, ambos inclusive.

Históricamente, tales pliegos han tenido carácter meramente potestativo, y así se configuran en la nueva Ley, a tenor de lo establecido en el artículo 48.1, que no impone, sino que faculta al Consejo de Ministros, y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local, para aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales («podrá aprobar», dice el art. 48.1, o «en su caso», según el apartado 3). Consecuentemente, su inexistencia no afecta a la validez de los contratos concluidos ni limita la capacidad de actuación de las Administraciones.

2.4.2. *Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares*

Estamos ante un documento esencial, preceptivo e inexcusable, conforme al artículo 49, en el procedimiento de contratación, a diferencia del carácter potestativo de que goza el pliego de cláusulas administrativas generales. Su contenido se define en el artículo 49.1 de la LCAP, en su inciso final, al disponer que «incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato».

Órgano encargado de su redacción será el Servicio competente, correspondiendo su aprobación al órgano de contratación (art. 49.2 del TRLCAP). El Pliego ha de ser informado por el Servicio Jurídico correspondiente, que habrá de emitir su Informe en el plazo de diez días (art. 49.4). Los contratos ha de ajustarse, en consecuencia, al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos.

En cuanto a su contenido, el TRLCAP, completado por el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece que habrán de incluir los siguientes extremos:

- Definición del objeto del contrato con expresión de la codificación correspondiente de la nomenclatura de la Clasificación Nacional de Productos por Actividades, en los términos recogidos en el número 2.a) del precepto citado.
- Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y factores de todo orden a tener en cuenta [núm. 2.b)].
- De conformidad con los artículos 69.1 y 85.a) de la Ley y 67.2.c) del Reglamento, el presupuesto base de licitación formulado por la Administración, con la excepción de los contratos celebrados por concurso, por no ser posible la fijación previa de su presupuesto definitivo, o aquellos en que no se hayan podido establecer previamente los proyectos y la distribución por anualidades.

- Constancia expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración por el cumplimiento del contrato, o mención de su especial circunstancia si se trata de contratos celebrados por concurso en los que no se puede fijar previamente el presupuesto, el proyecto o las prescripciones técnicas.
- Plazo total de ejecución del contrato e indicación de los plazos parciales correspondientes si la Administración estima oportuno establecer estos últimos o referencia de si se fijarán en la aprobación del programa de trabajo, señalando, en su caso, cuáles darán motivo a las recepciones parciales [arts. 147.5 de la Ley y 67.2.e) del Reglamento].
- Procedimiento y forma de adjudicación del contrato (núm. 2.f)].
- Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato a que se refiere el artículo 78.1 de la Ley.
- Documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones [núm. 2.h)].
- Criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia [núm. 2.i)].
- Indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidos [núm. 2.j)].
- Cuando se adjudique por concurso, los criterios objetivos, entre ellos el precio, que serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada temeraria o desproporcionada [núm. 2.k)].
- Cuando el contrato se adjudique por procedimiento negociado, los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de la negociación [núm. 2.l)].
- Garantías provisionales y definitivas, así como, en su caso, complementarias número 2.m).
- Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documental incorporada al expediente que tienen carácter contractual, con especial referencia al régimen de pagos [núm. 2.n) y ñ)].
- Fórmula o índice oficial aplicable a la revisión de precios o indicación expresa de su improcedencia conforme al artículo 103.3 de la Ley [núm. 2.o)].
- Causas especiales de resolución del contrato y supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causas de resolución del contrato [núm. 2.p) y q)].
- Especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 95 de la Ley [núm. 2.r)].
- Plazo especial de recepción del contrato a que se refiere el artículo 110.2 de la Ley [núm. 2.s)].

- Plazo de garantía del contrato o justificación de su no establecimiento y especificación del momento en que comienza a transcurrir su cómputo [núm. 2.t)].
- Cláusula de revisión del precio estipulado, en su caso, y cualesquiera otras que la Administración estime oportuno incluir, sin perjuicio de que puedan pactarse las condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias al interés público o al ordenamiento jurídico (art. 4 de la Ley).
- Indicación, en su caso, de las cláusulas administrativas o prescripciones técnicas de los pliegos que puedan ser modificadas por las ofertas de los licitadores y límite de dichas modificaciones.
- Forma de adjudicación del contrato, expresando las bases por las que se ha de regir la licitación, cuando ésta sea procedente, clasificación que haya de ostentar el contratista y garantías provisionales y definitivas a prestar por los contratistas.
- Parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista [núm. 2.u)].
- En su caso, obligación del contratista de guardar sigilo sobre el contenido del contrato adjudicado [núm. 2.v)].

Los números 3 a 7 del mismo artículo enumeran los datos que, además de los anteriores, han de contener los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los distintos tipos de contratos.

2.4.3. *Pliegos de Prescripciones Técnicas*

Con anterioridad a la autorización del gasto, se elaborarán los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir en la ejecución de la prestación (art. 67.1 de la Ley), correspondiendo su aprobación al órgano de contratación. Conforme al artículo 52.1, las prescripciones técnicas han de ser definidas por referencia a normas nacionales que incorporen normas europeas, por referencia a autorizaciones técnicas europeas o por referencia a especificaciones técnicas comunes. Prohibiéndose toda cláusula que introduzca en un contrato especificaciones técnicas que citen productos de un determinado origen, fabricación o proceso obtenidos por procedimientos especiales y que, por esa razón, favorezcan o excluyan a determinados empresas o productos, salvo justificación por el objeto del contrato. En especial, no se indicarán marcas, patentes, ni tipos, ni se aludirá a origen o producción determinada. Sólo son admisibles tales indicaciones cuando no haya posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas, en cuyo caso se acompañarán las palabras «o equivalente».

En el artículo 52.3 de la Ley se prohíbe a las empresas que hubieren participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos concurrir a las licitaciones convocadas para adjudicarlos, siempre

que dicha licitación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Las anteriores normas se desarrollan en el artículo 68 del Reglamento.

2.4.4. *Aprobación del expediente*

La aprobación del expediente de contratación es la última la fase interna de preparación del contrato, iniciándose la fase externa, con la apertura del procedimiento de adjudicación. Extremos a comprobar serían, en el caso de financiación del contrato con aportaciones de diversas procedencias, la acreditación de la plena disponibilidad de tales aportaciones, con garantía de su efectividad. Entendemos como suficiente el compromiso del ente cofinanciador de abonar la aportación en su momento.

El artículo 69.4 de la LCAP prevé un supuesto de expediente de contratación que pudiéramos llamar anómalo, en el supuesto en que se tramite sin consignación presupuestaria, a la espera de la aprobación del presupuesto del ejercicio en que el contrato vaya a ejecutarse. Decimos anómalo, porque choca con la regla presupuestaria que impide adquirir compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos del presupuesto. En este caso, la adjudicación del contrato queda sometido a condición suspensiva de existencia de crédito. La Orden de 24 de febrero de 1983, sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto, ya preveía tal posibilidad, recogida hoy con rango de Ley. ¿Puede extenderse tal prevención a los supuestos de expedientes de modificación presupuestaria? Sí, siempre que la autorización del gasto y la contracción de la obligación se demore hasta la aprobación del crédito que haya de amparar el gasto.

2.5. *Procedimientos y formas de adjudicación*

Se regulan en los artículos 73 a 92, contenidas en el Libro I, distinguiendo *procedimientos de formas de adjudicación*. Mientras como procedimientos de adjudicación contempla las diferentes opciones existentes en orden a la admisión de participantes en el proceso de selección, por formas de adjudicación atiende a los diferentes sistemas o técnicas para contrastar las ofertas y seleccionar el contratista.

Así, los *procedimientos* pueden ser abiertos, restringidos o negociados, según puedan acudir todos los que estén interesados, un grupo de ellos previamente seleccionado por la Administración, previa solicitud de los mismos, o que la Administración entre en contacto directamente con los posibles contratistas.

Por el contrario, respecto de *las formas de selección*, conforme al artículo 74.1, son la subasta, en los supuestos de procedimientos abiertos o restringidos, y el concurso (art. 74.3).

Tanto por lo que se refiere a los procedimientos como a las formas de adjudicación deberá llevarse a cabo la correspondiente fiscalización. En el procedimiento abierto no se plantean especiales problemas en materia de fiscalización. En cambio, en el procedimiento restringido y en el negociado habrá de estarse al cumplimiento de las prescripciones de la LCAP.

En el procedimiento restringido habrá de comprobarse si se cumplen, además de las normas generales, las especialidades que para este procedimiento impone el artículo 91. En el procedimiento negociado, que se cumple lo preceptuado, con carácter general, en el artículo 92, y específicamente para cada tipo de contrato, en los artículos 140, 141, 159, 181, 182, 209 y 210, así como, además, que no se superen las cuantías fijadas en los artículos 141.g), 159.2.d), 182.i) y 210.h) de la LCAP, al tiempo que, en el ámbito local, tampoco se supere el límite de 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto (art. 88.3 de la LRBRL, según modificación realizada por la Disposición Adicional novena del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

2.5.1. *Procedimiento abierto*

De acuerdo con el artículo 73.2, todo empresario interesado podrá presentar una proposición. Las proposiciones serán secretas —art. 79— y se ajustarán al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo de acompañarse en sobre aparte, de los siguientes documentos:

- a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación (art. 15).
- b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional y una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar (arts. 16 a 20). Dicha declaración comprenderá expresamente la circunstancia de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la seguridad social (arts. 13 a 17 del Reglamento). La justificación debe exigirse antes de la adjudicación, mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, que serán expedidas en el plazo de cuatro días hábiles (art. 15.1 y 3 del Reglamento).
- c) El resguardo acreditativo de la garantía provisional.
- d) Para las empresas extranjeras, la declaración de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, con renuncia al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.
- e) Cualesquiera otros mencionados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el correspondiente anuncio de licitación.

2.5.2. *Procedimiento restringido*

En este procedimiento, conforme al artículo 73.3, sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos, conforme a los artículos 91 a 93 del Reglamento. En tanto en cuanto supone una limitación a la libre concurrencia, el artículo 91, que recoge el artículo 22.1 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, dispone que deberá justificarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con carácter previo al anuncio del procedimiento, los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habrá de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento.

El órgano de contratación podrá señalar los límites inferior y superior dentro de los que se sitúe el número de empresas que proyecta invitar, en virtud de las características del contrato, límites que habrán de ser indicados en el anuncio. La cifra más baja no será inferior a cinco y la más alta no será superior a veinte [art. 91.1.b)]. Las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario y, en su caso, su representación, la clasificación o el cumplimiento de las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica o profesional. Los admitidos presentarán las proposiciones acompañadas del documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional. La adjudicación se efectuará según las normas generales (art. 91.2).

2.5.3. *Procedimiento negociado*

El contrato se adjudica al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.3 de la Ley y 91 a 93 del Reglamento (art. 73.4). Procedimiento que sólo podrá utilizarse en los casos establecidos en la Ley para cada clase de contrato (art. 75), y se ajustará a los siguiente requisitos:

- a) Solicitud de ofertas:
 - Será necesario solicitar la oferta de al menos tres empresas capacitadas para la realización del contrato, siempre que ello sea posible, fijando con la seleccionada el precio del mismo.
- b) Propuesta de adjudicación:
 - La propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de Contratación (arts. 81.1 y 92.2).
- c) Motivación de la adjudicación (arts. 81.3 y 92.3):
 - En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas.

- En todo caso, deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación.

2.5.4. Subasta

Versará siempre sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo. En la fiscalización de esta forma de adjudicación han de tenerse en cuenta los siguientes aspectos.

a) Propuesta de adjudicación:

- La Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma y procederá, en acto público, a la apertura de las ofertas admitidas, proponiendo al órgano de contratación la adjudicación al postor que oferte el precio más bajo (art. 82.1).
- Tal propuesta no crea derecho alguno a favor del empresario frente a la Administración mientras no se haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación (art. 82.2).

b) Adjudicación y bajas temerarias:

- Deberá recaer la adjudicación en el plazo máximo de veinte días a contar desde el siguiente al de apertura, en acto público, de las ofertas recibidas. En caso contrario, el empresario tendrá derecho a retirar su proposición y a que se le devuelva o cancele la garantía (art. 83.1).
- El acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes (art. 83.2):
 - 1) Cuando la Mesa haya efectuado la propuesta con infracción del ordenamiento jurídico, en cuyo caso la convocatoria quedará sin efecto. Se exceptúa el supuesto de que la infracción afecte exclusivamente al licitador, en cuyo favor se realiza la propuesta, en el que la adjudicación deberá tener lugar a favor del siguiente postor no afectado por la infracción. Previamente a la resolución será preceptivo el dictamen del servicio jurídico del órgano de contratación.
 - 2) Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no podrá ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias, considerándose como tales las que cumplan los criterios recogidos en el artículo 85 del Reglamento.
- La Mesa de Contratación notificará aquella circunstancia a los interesados y el plazo de adjudicación de veinte días se amplía al doble.
- Conforme al artículo 83.3, el carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente com-

prendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. A estos efectos, no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

- El citado artículo 85 del Reglamento fija los siguientes criterios para considerar las ofertas como desproporcionadas o temerarias:
 1. Cuando concurriendo un solo licitador sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.
 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. Si bien si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.
 5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores del precepto.
 6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la Mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.
- A la vista de los informes, el órgano de contratación acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración (art. 83.4 del TRLCAP), y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad.
- De adjudicarse a empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20 por 100 del importe de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.4 (art. 83.5 del TRLCAP).
- c) Adjudicación en supuestos de resolución (art. 84 del TRLCAP):
 - Cuando se acuerde la resolución del contrato porque el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la forma-

lización del mismo, la Administración podrá adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes a aquél, por orden de sus ofertas, siempre que ello fuera posible, antes de proceder a una nueva convocatoria, contando con la conformidad del nuevo adjudicatario.

- El mismo procedimiento se podrá seguir cuando la finalidad de la adjudicación sea la de continuar la ejecución de un contrato ya iniciado y que ha sido declarado resuelto.

2.5.5. *Concurso*

De conformidad con el artículo 74.3 del TRLCAP, en el concurso, la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto. La regulación de esta figura se realiza en los artículos 85 a 90, con las siguientes particularidades:

a) Supuestos de aplicación del concurso (art. 85 del TRLCAP):

Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo, y, en particular, en los siguientes casos:

- Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.
- Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- Aquellos para la realización de los cuales facilite la Administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

b) Criterios para la adjudicación del concurso (art. 86 del TRLCAP):

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

- Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.
 - En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.
 - En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias.
- c) Admisibilidad de variantes (art. 87 del TRLCAP):
- El órgano de contratación sólo podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. En este supuesto, el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas.
 - La circunstancia de autorización de variantes se hará constar, además, en el anuncio de licitación del contrato.
- d) Adjudicación de los contratos (art. 88 del TRLCAP):
- La Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá, en todo caso, la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato.
 - La Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación

de los criterios establecidos en el artículo 86 del TRLCAP, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego.

e) Plazo de adjudicación (art. 89 del TRLCAP):

- El órgano de contratación, previos los informes técnicos correspondientes, adjudicará el contrato en el plazo máximo de tres meses a contar de la apertura de las proposiciones, salvo que se establezca otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- De no dictarse el acuerdo de adjudicación dentro de plazo, los empresarios admitidos a concurso tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen prestado.

2.6. Publicidad de la contratación

2.6.1. Principio de publicidad

Presupuesto esencial de la libertad de concurrencia y del principio de transparencia que ha de presidir la actuación de la Administración Pública en materia de contratación es la existencia de publicidad, principio general de la contratación pública. Sus efectos son dobles, pues mientras, por un lado, su objetivo fundamental es fomentar la libre concurrencia, que supondrá la obtención de los mejores precios posibles (eficacia y economía), por otro, tiene un valor jurídico, en cuanto garantiza a todos los ciudadanos a acceder, en condiciones de igualdad a los beneficios económicos derivados de la contratación. De ahí que este principio de publicidad sea el eje central sobre el que giran las normas comunitarias europeas.

La Ley distingue, y regula separadamente, la publicidad de las licitaciones en los periódicos oficiales nacionales y la publicidad del procedimiento de contratación en el ámbito de la Unión Europea, en el artículo 78, sujetando al principio de publicidad todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, con una única excepción, cual es la de los procedimientos negociados, cuando, por su cuantía no estén sujetas a publicidad comunitaria.

Medio de publicación, como regla general, es el *Boletín Oficial del Estado*, si bien la Ley permite, relajando el rigor de la legislación hasta ahora vigente, que las Comunidades Autónomas, entidades locales y los organismos autónomos y entidades de Derecho público publiquen sus anuncios de licitación en los Diarios o Boletines Oficiales «respectivos», en relación con los contratos que, por razón de su cuantía, no hayan de publicarse en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Lo que supone que aquellos Ayuntamientos que sean titulares de un Boletín Oficial no habrá de publicar ni en el de la Comunidad ni en el de la Provincia.

El plazo de publicación, en los procedimientos abiertos, es de quince días naturales anteriores al señalado como último para la admisión de pro-

posiciones, conforme al artículo 78.2, párrafo primero, salvo para los contratos de obras, en los que el plazo será de veintiséis días. Se reduce a diez días anteriores al último para la recepción de solicitudes de participación en los procedimientos restringidos, conforme al párrafo segundo, siendo el plazo para la presentación de proposiciones de quince días desde la fecha del envío de la invitación escrita; y en los negociados con publicidad, tal como se dispone en el párrafo tercero del mismo artículo 78.2, los plazos de recepción de solicitudes de participantes deberán coincidir con los resultantes respecto de la fecha del envío del anuncio del contrato a la Oficina de Publicaciones de la Comunidad Europea, especificados en los artículos 140.2, 181.2 y 209.2 (treinta y siete días o quince en caso de urgencia). Por último, hemos de tener presente, para no infringir el procedimiento, que el envío del anuncio al *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, conforme al artículo 78.3, párrafo segundo, ha de preceder a cualquier otra publicidad, así como que los anuncios nacionales no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en el *DOCE*.

En este punto, si tiene importancia la naturaleza jurídica de los contratos, pues de ella dependerá su publicación o no en el *DOCE*: el artículo 78.3 limita tal publicidad a los procedimientos relativos a los contratos regulados en los Títulos I, III y IV (obras, suministros y servicios) del Libro II, por lo que los contratos privados de la Administración quedan excluidos de este requisito.

2.6.2. Publicidad comunitaria

La LCAP, transponiendo las Directivas comunitarias, distingue tres momentos en la publicidad del procedimiento de contratación:

- Anuncio indicativo.
- Publicidad de la licitación.
- Publicidad de la adjudicación.

A) Anuncio indicativo

Conforme a los artículos 135, 177 y 203 del TRLCAP, los órganos de contratación darán a conocer, mediante un anuncio indicativo, los contratos que tengan proyectado celebrar durante los doce meses siguientes, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, supere los umbrales que señalan los citados preceptos, con respecto a los tipos de contrato regulados por ello. Continúan los citados preceptos disponiendo que el anuncio se enviará lo antes posible —desafortunada expresión que convierte el plazo en algo inconcreto e incontrolable— después del comienzo de cada ejercicio presupuestario, a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y, para que surta el efecto de reducción de plazos

previsto en la LCAP, deberá haberse publicado en el plazo comprendido entre cincuenta y dos días y máxima doce meses de antelación.

Como cuestión previa que suscita este anuncio, es el de los efectos que produce. Pues, aunque pudiera parecer que no son otros que los de reducir el plazo límite para enviar el anuncio de licitación de cada uno de los contratos, sin embargo, este anuncio cumple una función de «publicidad material preventiva» que no puede ser obviada, contraviniéndose el Derecho comunitario de utilizarse como mera opción para reducción del otro plazo.

La segunda cuestión que se suscita es la de interpretar la cuantía mínima, cuestión propiciada por la ambigüedad de la Norma, que no precisa si el límite cuantitativo establecido se refiere a cada contrato, a cada categoría de contratos o a la suma del valor de todos los contratos comprendidos en dichas categorías. Si fuera este último el criterio el que hubiera de aplicarse no existiría, prácticamente, ningún órgano de contratación que no tuviera que este anuncio indicativo al sobrepasar, normalmente, su contratación presupuestada los umbrales mínimos legales. La solución puede encontrarse en una interpretación del artículo 15.1.º de la Directiva 92/50, que se remite a «cada una de las categorías de servicios enumeradas en el Anexo I A, cuando el valor total estimado, sea igual o superior a 750.000 ecus». La expresión «valor total estimado» creemos que ha de interpretarse como «suma del valor total de los contratos de la misma categoría». O sea, no al valor global de la contratación de obras, de servicios o de suministros de la entidad, ni tampoco a cada contrato en particular.

B) *Anuncio de licitación*

Además —dicen los artículos citados—, cuando el contrato supere los umbrales presupuestarios establecidos para cada uno de ellos, deberá publicarse un anuncio en el *DOCE*. Ello, naturalmente, siempre que el procedimiento de adjudicación aplicable no implique la exclusión de la publicidad comunitaria, de conformidad con lo previsto en los correspondientes artículos aplicables a los distintos tipos de contratos.

Los plazos límite de este anuncio son variables, según el procedimiento de adjudicación sea (arts. 137, 178 y 207):

- Procedimiento abierto: el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días antes de la fecha límite establecida para la presentación de proposiciones desde la fecha de envío del anuncio del contrato, que se reducirán a treinta y seis de haberse publicado el anuncio previo, sin que en ningún caso esta reducción pueda ser inferior a veintidós días.
- Procedimientos restringido o negociado con publicidad: el plazo para la recepción de las solicitudes de participación no podrá ser inferior a treinta y siete días a partir de la fecha de envío del anuncio. Para la presentación de proposiciones, el plazo no podrá ser inferior a cuarenta días desde la fecha del envío de la invitación escrita. Plazo

que podrá reducirse a veintiséis días si se hubiese publicado el anuncio indicativo. En caso de urgencia, el plazo de presentación de las solicitudes de participación podrá ser reducido a quince días desde la fecha del envío del anuncio, y el de presentación de las ofertas a diez días desde la fecha del envío de la invitación.

C) *Anuncio de adjudicación*

El artículo 93 del TRLCAP regula la fase final de la publicidad en el procedimiento de contratación, estableciendo, además de la novedosa obligación de notificación personal a todos los participantes en la licitación y de la comunicación al Registro Público de Contratos a que se refiere el artículo 118 del mismo texto, el deber de publicar, en el plazo máximo de cuarenta y ocho días, el resultado del proceso selectivo en el *Boletín Oficial del Estado* o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o entidades locales, según cuál sea el importe de la adjudicación, sin perjuicio de la publicación en el *DOCE* en los casos previstos en el número 2 de dicho artículo 93 de la Ley. Excepcionalmente, y para los supuestos previstos en los artículos 93.4, 141.f), 159.2.c), 182.b) y 210.g), podrá omitirse el anuncio del resultado de la adjudicación.

2.7. *Perfección y formalización de los contratos*

2.7.1. *Perfección de los contratos*

Los contratos, conforme al artículo 53, se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o forma de adjudicación utilizados.

2.7.2. *Formalización de los contratos*

Rigen en esta materia las normas generales, contenidas en los artículos 54 y 55, por lo que le afecta la prohibición de contratar verbalmente: «La Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia», así como la obligación de formalizarlo en el plazo de treinta días desde la notificación de la adjudicación (art. 54.1), en documento administrativo, que podrá elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, quien deberá correr con los gastos derivados del otorgamiento.

Conforme al número 2 del citado artículo 54, salvo las excepciones previstas en la propia Ley (art. 39), será requisito necesario para su formalización la prestación de garantía.

Conforme al artículo 54.3, cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la

audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pueda ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato al amparo del artículo 111, párrafo *d*). La formalización es requisito imprescindible para la iniciación de la ejecución del contrato. Así lo dispone el artículo 54.4: «No se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, excepto en los casos previstos en los artículos 71 y 72.»

2.7.3. *Contenido del documento*

El artículo 71.3 del Reglamento establece que el documento de formalización contendrá, con carácter general para todos los contratos, las siguientes menciones:

- Órgano de contratación y adjudicatario del contrato, con referencia a su competencia y capacidad respectivamente.
- Los siguientes antecedentes administrativos del contrato:
 - 1) Fecha e importe de la aprobación y del compromiso del gasto y fecha de su fiscalización previa cuando ésta sea preceptiva.
 - 2) Referencia al acuerdo por el que se autoriza la celebración del contrato.
 - 3) Referencia del acuerdo por el que se adjudica el contrato.
- Precio cierto que ha de abonar la Administración con expresión del régimen de pagos previsto.
- Plazos totales o parciales de ejecución del contrato y, en su caso, el plazo de garantía del mismo.
- Garantía definitiva y, en su caso, complementaria, constituida por el contratista.
- Las cláusulas que sean consecuencia de las variantes válidamente propuestas por el adjudicatario en su oferta y que hayan sido aceptadas por la Administración.
- En su caso, exclusión de la revisión de precios o fórmula o índice oficial de revisión aplicable.
- Régimen de penalidades por demora.
- Conformidad del contratista a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, de los que se hará constar la oportuna referencia.
- Expresa sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y al Pliego de cláusulas administrativas generales, si lo hubiera, con especial referencia, en su caso, a las estipulaciones contrarias

a este último que se incluyan como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley.

- Cualquier otra cláusula que la Administración estime conveniente establecer en cada caso, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En los números 4 a 8 del precepto se contemplan las especialidades para cada uno de los tipos de contratos y el número 9 dispone que el documento de formalización será firmado por el adjudicatario y se unirá al mismo, como anexo, un ejemplar del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas. El documento de formalización se incorporará al expediente y cuando sea notarial se unirá una copia autorizada de dichos pliegos.

2.7.4. *Remisión del contrato al Tribunal de Cuentas*

El artículo 57 de la Ley obliga a remitir los contratos formalizados, dentro de ciertas cuantías, al Tribunal de Cuentas, al disponer:

1. Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, se remitirá por el órgano de contratación al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma, una copia certificada del documento mediante el que se hubiere formalizado el contrato, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros), tratándose de obras y de gestión de servicios públicos; de 75.000.000 de pesetas (450.759,08 euros), tratándose de suministros, y de 25.000.000 de pesetas (150.253,03 euros), en los de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales.
2. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de los contratos indicados.
3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de las facultades del Tribunal de Cuentas o, en su caso, de los correspondientes órganos de fiscalización de las Comunidades Autónomas para reclamar a las distintas Administraciones Públicas cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía.

Por su parte, la Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, en su artículo 5 recoge, como contenido de su función fiscalizadora, la fiscalización de los contratos, cualquiera que sea su carácter, celebrados por los integrantes del sector público madrileño, pre-

cisando en el artículo 19 que tal fiscalización alcanzará a todo el proceso de contratación.

2.7.5. *Efectos de la formalización*

Como efecto fundamental, la formalización del contrato hace que pueda iniciarse su ejecución, pues sin la previa formalización, excepto en los casos previstos en los artículos 71 y 72, el número 4 del artículo 54 prohíbe la iniciación de la ejecución.

El número 3 del artículo 54 prevé las consecuencias de la falta de formalización, tanto por causas imputables al contratista, como por causas imputables a la Administración. Si no pudiera formalizarse el contrato, dentro de los treinta días desde el siguiente a la notificación de la adjudicación, por causa imputable a ésta, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pueda ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato al amparo del artículo 111, párrafo d).

3. **Ejecución de los contratos**

3.1. *Mora del contratista*

El artículo 95 de la Ley obliga al contratista a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva; de modo que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

El número 3 de dicho precepto establece que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato. Si bien el órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

El mismo artículo, en el número 4 previene que cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. Y en el número 5 atribuye a la Administración la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora

en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

Por último, el número 6 dispone que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3.2. *Pago e intereses de demora*

El artículo 99 de la Ley establece que el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido, pago que podrá hacerse de manera total o parcialmente mediante abonos a cuenta.

Igualmente se reconoce al contratista el derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, si bien han de asegurarse los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

El abono del precio dentro ha de realizarse dentro del plazo legalmente establecido: dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas.

La modificación del tipo de interés legal del dinero se adaptará a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 28 de junio.

Ahora bien, si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.

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

La Ley también preserva el derecho del contratista a recibir el precio del contrato, pues, sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, sólo podrán ser embargados en supuestos expresamente tasados:

- a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.

- b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

3.3. *Revisión de precios*

Se regula en los artículos 103 a 108 de la Ley y 104 a 106 del Reglamento. Conforme a dichos preceptos, la revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100 ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión. No pueden ser objeto de revisión de precios tampoco los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra a que se refiere el artículo 14, ni en los contratos menores.

El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego.

La revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación. No obstante, en los contratos de obras y en los de suministro de fabricación el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobará fórmulas tipo según el contenido de las diferentes prestaciones comprendidas en los contratos.

Las fórmulas tipo reflejarán la participación en el precio del contrato de la mano de obra y de los elementos básicos. Estas fórmulas deberán ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* y serán revisables cada dos años, como mínimo. De entre las fórmulas tipo el órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, determinará las que considere más adecuadas al respectivo contrato, sin perjuicio de que, si ninguna de las mismas coincide con las características del contrato, se propongan las fórmulas especiales, que deberán ser igualmente aprobadas por el Consejo de Ministros.

El índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto de la fecha final de plazo de presentación de ofertas en la subasta y en el concurso y la de la adjudicación en el procedimiento negociado.

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará los índices mensuales de precios, debiendo ser publicados los mismos en el *Boletín Oficial del Estado*. Los índices reflejarán las oscilaciones reales del mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o determinarse por zonas geográficas.

Si la revisión afecta a casos de demora en la ejecución, el artículo 107 establece:

«Cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en mora, y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.»

El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales.

El artículo 105 del Reglamento obliga a que, al objeto de proveer a la cobertura financiera necesaria para atender a las obligaciones derivadas de los abonos por revisión de precios, se realice al comienzo de cada ejercicio una retención del crédito preciso para atender los mayores gastos que se deriven de la revisión de precios de los contratos en curso de ejecución.

3.4. *Indemnizaciones*

En el caso de que se produzcan daños y perjuicios durante la ejecución del contrato, será obligación del contratista indemnizar los que se causen a terceros, conforme establece el artículo 97. Si tales daños y perjuicios han sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Los terceros podrán requerir previamente, 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 de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. El procedimiento para la reclamación de aquéllos será el establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

En la fiscalización previa, se comprobará como extremo adicional que existe informe del Servicio Jurídico e informe técnico.

3.5. *Modificaciones de los contratos*

Entre las prerrogativas de la Administración, el artículo 59 establece que, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de inter-

pretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos, siendo necesario dar audiencia al contratista en el correspondiente expediente.

Límites que se fijan en el artículo 101, según el cual, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

Aunque se habla de modificaciones en los elementos que integran el contrato, lo único que se puede modificar por la Administración es la prestación del contratista, y siempre con la correspondiente compensación, ya que la Administración no puede modificar las condiciones del contrato celebrado —variar el precio del contrato, introducir o suprimir revisiones de precio, etc.—. Ello contravendría el artículo 1.256 del Código civil que establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Prueba de ello es que en el expediente que se tramite con el proyecto reformado no se incorpora un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares, sino que rige el expediente primitivo.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 54 (en documento administrativo y prestación de garantía).

Establece el precepto, en el número 3, en relación con el número 4 de la Disposición Adicional novena de la Ley, que en las modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior al 20 por 100 de los recursos ordinarios de la entidad local, salvo que el importe resultante sea superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, será preceptivo, además del informe a que se refiere el apartado 2 del artículo 59 —informe del Servicio Jurídico correspondiente— y de la fiscalización previa en los términos del apartado 2, párrafo g), del artículo 11, el informe de contenido presupuestario de la Comisión Especial de Cuentas. A tal efecto, los órganos de contratación remitirán el expediente correspondiente a la modificación propuesta, al que se incorporarán los siguientes documentos, conforme al citado número 3:

- a) Una memoria explicativa suscrita por el director facultativo de la obra que justifique la desviación producida que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas en la aprobación del pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, en el proyecto correspondiente, documento que será expedido, en los contratos distintos a los de obras, por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas.

- b) Justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación.
- c) En los contratos de obras, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta.

La Comisión Especial de Cuentas emitirá su informe en el plazo de quince días hábiles.

Lo establecido en este apartado será también de aplicación en las modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas en contratos, cuyo importe de adjudicación sea igual o superior al 20 por 100 de los recursos ordinarios de la entidad local, salvo que el importe resultante sea superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) y las modificaciones afecten al 30 por 100 o más del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, independientemente de las repercusiones presupuestarias a que dieran lugar las modificaciones.

El artículo 101 del Reglamento establece que no tendrá carácter de modificación del contrato la alteración del precio por aplicación de cláusulas de revisión, y el artículo 102 obliga, cuando sea necesario realizar una modificación del contrato, a redactar la oportuna propuesta, que se integrará por los documentos que la justifiquen, describan y valoren. Se requiere, para su aprobación por el órgano de contratación, la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondientes.

4. Cumplimiento de los contratos

4.1. Cumplimiento

Siendo los contratos administrativos típicos contratos de resultado, su cumplimiento por parte del contratista exige la realización, por su parte, de las prestaciones que constituyen su objeto. Así lo establece el número 1 del artículo 110, cuando dice que «el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto».

Ahora bien, es preciso que la Administración reciba formalmente la prestación del contratista, significando con ello la conformidad de dicha prestación con los términos del contrato. Así se establece en el número 2 del mismo artículo cuando dice que:

«en todo caso su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características del objeto del contrato. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando dicha comunicación sea

preceptiva, el acto para su asistencia potestativa al mismo en sus funciones de comprobación de la inversión».

A diferencia de la legislación derogada, en la LCAP ha desaparecido la dualidad de recepciones: sólo existe una recepción y liquidación, a partir de la cual se computa el plazo de garantía. La recepción se formaliza en acta suscrita por el representante de la Administración y por el contratista. Ha de asistir el Interventor en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras de «aplicación y empleo de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios», previstas en los artículos 93.2.d) de la LGP y 195.2.d) de la LRHL.

Recibida formalmente la prestación del contratista, nace la obligación de la Administración de abonar el precio pactado, conforme al artículo 99.4 LCAP, para lo que es necesario efectuar la liquidación definitiva. La recepción, por tanto, debe ser objeto de fiscalización.

En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista. Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego.

Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 147.3, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante. Si se produjere demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, a partir de los dos meses siguientes a la liquidación.

El artículo 107 del Reglamento prevé el supuesto de que la recepción se efectúe pasado el plazo de un mes desde la fecha fijada, siendo culpable de la demora la Administración: tendrá derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la demora le irrogue.

4.2. *Resolución del contrato*

Conforme al artículo 109, otra causa de extinción de los contratos, además del cumplimiento, es la resolución.

4.2.1. *Causas de resolución*

Son causas de resolución, conforme al artículo 111 de la Ley, las siguientes:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.
- b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera.
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- d) La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo.
- e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo de dos meses para iniciar la ejecución del contrato en caso de tramitación urgente, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista [art. 71.2, párrafo d)].
- f) La falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses, conforme al artículo 99.6.
- g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.
- h) Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.
- i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley.

4.2.2. *Procedimiento para la resolución de los contratos*

Conforme al artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos, la resolución del contrato se acordará de oficio por el órgano de contratación o a instancia del contratista, debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 (resolución por falta de constitución de garantía) y 96 (resolución por demora) de la Ley.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

El acuerdo será fiscalizado, conforme al artículo 114.3 del TRRL, e informado por el Servicio Jurídico, previamente a que se dicte la resolución, tal como dispone el artículo 59.2 del TRLCAP, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96, referidos a las causas de resolución por falta de constitución de la garantía definitiva o la demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución por parte del contratista. Informe que, en el caso de los entes locales, y conforme al artículo 113.4.^a del TRRL, se evacuarán

por la Secretaría de la Corporación. Conforme al número 2 del citado artículo 109 del Reglamento, se considerarán de urgencia todos los trámites e informes preceptivos, gozando de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, conforme al número 3 del artículo 59 de la Ley, en los casos de resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De conformidad con el artículo 112.2 del TRLCAP, la declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido, en cualquier procedimiento, originará siempre la resolución del contrato. Resolución que, conforme al artículo 111 del Reglamento, llevará aparejada la pérdida de la garantía definitiva cuando sea culpable o fraudulenta. En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de que en los supuestos de modificaciones en más del 20 por 100 previstos en los artículos 149, párrafo e), 192, párrafo c), y 214, párrafo c), la Administración también pueda instar la resolución.

Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, acuerdo que, conforme al artículo 110 del texto reglamentario, será adoptado por el órgano de contratación a petición de los herederos o del representante del incapaz. El número 2 del mismo precepto dispone que el acuerdo de no continuación del contrato en este caso, no dará derecho alguno a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar.

4.2.3. *Resolución por causas establecidas en el contrato*

Se contempla este supuesto en el artículo 112 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resolución que, conforme a su número 1, tendrá las consecuencias que en el contrato se establezcan. En defecto, se regularán por las normas de la Ley y del Reglamento sobre efectos de la resolución que sean aplicables por analogía.

4.2.4. *Resolución por mutuo acuerdo*

La resolución por mutuo acuerdo, conforme al artículo 112.4, sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. En tal supuesto, dispone el artículo 113.2 que los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre la Administración y el contratista.

4.2.5. *Resolución por causas imputables al contratista*

Conforme al artículo 113.4, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. El número 5 del mismo artículo dispone que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, y conforme al artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste, se llevará a cabo por el órgano de contratación, en decisión motivada y dando audiencia al contratista. Como factores para tal determinación, contempla el retraso que implique para la inversión proyectada y los mayores gastos que se ocasionen a la Administración.

5. Garantías exigibles en los contratos con las Administraciones Públicas

5.1. *Garantía provisional*

Con arreglo al artículo 35.1, en los contratos comprendidos en esta Ley, será requisito necesario para acudir a los procedimientos abiertos o restringidos de cuantía igual o superior a la fijada en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2, según el tipo de contrato de que se trate, el acreditar la constitución previa, a disposición del correspondiente órgano de contratación, de una garantía provisional equivalente al 2 por 100 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 determinará estimativamente por el órgano de contratación. No obstante, conforme al número 5, en el procedimiento negociado cuando se interese la oferta de alguno o de algunos empresarios, cualquiera que sea la cuantía del contrato, el órgano de contratación podrá exigir de los mismos la constitución de una garantía provisional que surtirá sus efectos hasta el momento de la adjudicación.

Dicha garantía habrá de ser constituida:

- a) En metálico o en valores públicos o privados, con sujeción, en cada caso, a las condiciones reglamentariamente establecidas. El metálico, los valores o los certificados correspondientes, se depositarán 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.

- b) 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.
- c) Por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezcan, con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución, debiendo entregarse el certificado del contrato al correspondiente órgano de contratación.

En los contratos de cuantía inferior a la señalada en este apartado, así como en los contratos administrativos especiales y en los contratos privados, la exigencia de garantía provisional será potestativa para el órgano de contratación.

Por lo que se refiere a la garantía constituida en valores, el artículo 55 del Reglamento considera aptos para servir, tanto como garantía provisional como definitiva, los que enumerados en el artículo 35.1 de la Ley cumplan las condiciones de elevada liquidez en los términos que establezca el Ministerio de Hacienda, y que se encuentren representados en anotaciones en cuenta o, en el caso de participaciones en fondos de inversión, en certificados nominativos. Entre los que el Ministerio de Hacienda considera valores de elevada liquidez se cuentan, además de la deuda pública, las participaciones en los fondos de inversión que, conforme a su reglamento de gestión, inviertan exclusivamente en activos del mercado monetario o renta fija. En los restantes números del artículo se regula la inmovilización registral de los valores, así como las condiciones que han de reunir dichos valores a efectos de servir como garantía.

El artículo 56 del mismo Reglamento fija las condiciones que ha de reunir el aval para que pueda ser aceptado como garantía provisional o definitiva y los requisitos que han de cumplir las entidades avalistas. En cuanto al aval, ha de ser solidario respecto del obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y pagadero al primer requerimiento; de duración indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval. En lo que afecta a las entidades avalistas, no han de encontrarse en situación de mora frente a la Administración como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales, no hallarse en situación de suspensión de pagos o quiebra y no encontrarse suspendida o extinguida la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad.

En el artículo 57 se regula la garantía constituida mediante contrato de seguro de caución, exigiéndose que tal contrato se celebre con entidad aseguradora autorizada para operar en España en dicho ramo, debiendo cumplir la entidad los requisitos establecidos en el número 1.

En los Anexos V y VI al Reglamento se contienen los modelos de aval y de certificado de seguro de caución, y en ambos ha de constar, en el

mismo documento y, por tanto, como requisito para la válida constitución, la verificación por la Asesoría jurídica del órgano de contratación de la representación de los apoderados de la entidad avalista. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1994 (Arz. 3599) señala que cuando la garantía se constituye en metálico o títulos de la Deuda Pública, se están ofreciendo en garantía bienes que son propios y, en consecuencia, su ejecución, en caso necesario, será factible y llana. Pero cuando la garantía se presta en forma de aval, se están ofreciendo en garantía bienes ajenos, y, en consecuencia, se han de adoptar las oportunas medidas precautorias a fin de que, en caso de necesaria ejecución, la vía ejecutiva esté absolutamente expedita. Y entre tales precautorias medidas se encuentra el bastanteo como forma adecuada de comprobar que los representantes de las entidades avalistas tienen poder suficiente para ello, quedando, en consecuencia, vinculada tal entidad con la contratante. En resumen, dice la mencionada Sentencia, el aval es una garantía completa cuando es bastanteado previamente a su presentación por el empresario, por lo que en el caso juzgado «fue procedente la exclusión del procedimiento licitatorio del contratista que presentó el aval sin el previo bastanteo». El artículo 58 del Reglamento así lo dispone, al ordenar que ambos documentos han de estar autorizados por apoderados de la entidad que tengan poder suficiente para obligarla, poder que ha de estar bastanteado por la asesoría jurídica, debiendo constar en el texto del aval o del certificado de seguro el cumplimiento de dicho requisito. El artículo 61 determina la forma en que han de presentarse las garantías provisionales: en la Caja de la Corporación, cuando se trate de metálico o valores, o ante el órgano de contratación, incorporándose al expediente de contratación, cuando se trate de aval o seguro de caución.

La garantía provisional, conforme al artículo 43.1, responderá del mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la adjudicación y de la proposición del adjudicatario hasta la formalización del contrato.

En el ámbito local, las garantías se constituirán, conforme ordenan los artículos 88.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y 113.7 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, en la Caja de la Corporación contratante. A pesar de que este último precepto admite el aval bancario como medio de garantía para constituir fianza definitiva de los contratistas, ha de entenderse que también cabe para la fianza provisional, ya que así se prevé en el artículo 35 de la LCAP.

Por último, el número 6 del mismo artículo 35 dispone que la constitución de la garantía global a que se refiere el apartado 2 del artículo siguiente eximirá de la constitución de la garantía provisional, produciendo aquélla los efectos inherentes a esta última.

De acuerdo con el artículo 35.2, la garantía provisional será devuelta a los interesados inmediatamente después de la propuesta de adjudicación del contrato, en los casos en los que la forma de adjudicación sea la subasta o de la adjudicación, cuando aquélla sea por concurso. La garantía será rete-

nida al empresario incluido en la propuesta de adjudicación o al adjudicatario e incautada, conforme a este artículo y al artículo 62 del Reglamento, a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación. Igualmente, conforme al número 3, en los supuestos de presunción de temeridad, a los que se refieren los artículos 83.2, párrafo *b)*, y 86.3, será retenida la garantía a los empresarios comprendidos en la misma, 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.

En caso de no formalización del contrato por causas imputables al contratista, se estará a lo dispuesto en el artículo 54.

5.2. *Garantía definitiva*

El artículo 36 regula las garantías definitivas, especiales y complementarias, diciendo, en el número 1, que los adjudicatarios de los contratos regulados en esta Ley están obligados a constituir una garantía definitiva por el importe del 4 por 100 del importe de adjudicación, a disposición del órgano de contratación, cualquiera que haya sido el procedimiento y la forma de adjudicación del contrato, que habrá de constituirse:

- a)* En la misma clase de bienes y en los establecimientos señalados en el apartado 1, párrafo *a)*, del artículo anterior.
- b)* Mediante aval prestado en la forma y condiciones reglamentarias, por las entidades indicadas en el apartado 1, párrafo *b)*, del artículo precedente y constituido en los establecimientos señalados en el apartado 1, párrafo *a)*, del mismo artículo.
- c)* Por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y condiciones que reglamentariamente se determinen, con las entidades referidas en el apartado 1, párrafo *c)*, del artículo anterior, debiendo entregarse la póliza en los establecimientos señalados en el apartado 1, párrafo *a)*, del mismo artículo.

Cuando el precio del contrato se determine en función de precios unitarios el importe de la garantía a constituir será del 4 por 100 del presupuesto base de licitación.

En los contratos privados será facultativa para el órgano de contratación la exigencia de la garantía definitiva.

5.2.1. *Garantía global*

El mismo artículo, en el número 2, dispone que, alternativamente a lo establecido en el número 1, el contratista podrá constituir una garantía global con referencia a todos los contratos que celebre con una Administración Pública o con uno o varios órganos de contratación sin especificación singular para cada contrato, en alguna de las modalidades previstas en los párra-

fos *b)* y *c)* del artículo 35.1. La garantía global deberá ser depositada en la Caja de la Corporación, tal como señalan los artículos 88.4 y 113.7 de las normas locales anteriormente citadas.

La garantía global responderá, en todos los contratos a celebrar o celebrados con una Administración Pública o con uno o varios órganos de contratación, genérica y permanentemente, del mantenimiento de las proposiciones y de la formalización del contrato, en el supuesto de garantía provisional, hasta el 2 por 100 del presupuesto del contrato y en el supuesto de garantía definitiva, del cumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones de todos los contratos hasta el 4 por 100, o porcentaje mayor que proceda según esta Ley, 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, se ejercite sobre el resto de la garantía global.

5.2.2. *Garantías complementarias*

El número 3 del artículo 36 dispone que, en casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que, además de la garantía a que se refiere el apartado 1.º, se preste una complementaria que no podrá superar el 6 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiéndose alcanzar una garantía total de hasta un 10 por 100 del citado importe. A todos los efectos, dicha garantía tendrá la consideración de garantía definitiva.

El artículo 59 del Reglamento especifica qué casos se consideran especiales, considerando como tales aquellos en los que, dado el riesgo que asume el órgano de contratación por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva. Incremento que deberá acordarse en resolución motivada

5.2.3. *Garantías definitivas y presunción de temeridad*

Conforme al número 4 del artículo 36, en el supuesto de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, a la que se refieren los artículos 83.2, párrafo *b)*, y 86.3, el órgano de contratación exigirá al contratista la constitución de una garantía definitiva por el 20 por 100 del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación, cuando el precio se determine en función de precios unitarios que sustituirá a la del 4 por 100 prevista en el apartado 1, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado precedente y para cuya cancelación se estará a lo dispuesto en el artículo 47.5. Y en el número 5 se previene que el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá,

asimismo, establecer un sistema de garantías complementarias, de hasta un 16 por 100 del precio del contrato, en función de la desviación a la baja de la oferta seleccionada de la que se defina como oferta media y de la aproximación de aquélla al umbral, a partir del cual las ofertas deben ser consideradas como anormalmente bajas.

Se pone un límite a la posibilidad de exigencia de garantías en el número 6, de forma que, en ningún caso, las garantías aplicadas conforme a lo dispuesto en este artículo podrán superar por acumulación el porcentaje del 20 fijado en el apartado 4.

5.2.4. *Excepción a la presentación de garantía*

Se regula en los artículos 37 a 40 del TRLCAP, que establecen las siguientes excepciones:

En los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales, según el artículo 37, la garantía definitiva podrá ser dispensada cuando así se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo motivarse en el expediente de contratación las causas de tal dispensa.

En los contratos de gestión de Servicios Públicos cabe interpretar, por lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley, que el Pleno está facultado para acordar, en casos especiales, la exención de las correspondientes garantías.

No será necesaria la constitución de garantía provisional o definitiva en los siguientes contratos de suministro, conforme al artículo 39:

- a) Los concertados con empresas concesionarias de servicios públicos referentes a suministros de la clase señalada en el artículo 172.1, párrafo a).
- b) Aquellos 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.
- c) Cuando la empresa suministradora sea extranjera y garantice el cumplimiento del contrato de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales.

Y, como otras excepciones a la constitución de garantías, el artículo 40 dispone que, sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, sólo quedan exceptuados del requisito de constitución de garantía provisional o definitiva, en su caso, las entidades que tengan reconocida esta excepción por las leyes estatales o las disposiciones autonómicas correspondientes, limitada en este último supuesto al respectivo ámbito competencial.

5.2.5. *Plazo de constitución y reajuste de garantías*

Por lo que se refiere a la constitución de garantías, el artículo 41 establece que el adjudicatario deberá acreditar en el plazo de quince días, contados

desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario, la Administración declarará resuelto el contrato.

Cuando con cargo a la garantía se hagan efectivas penalidades o indemnizaciones, el contratista debe reponer o ampliar la garantía en la cuantía que corresponda, en el mismo plazo antes señalado, contado desde la fecha en que se hagan efectivas tales penalidades o indemnizaciones, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

No obstante lo anterior, el número 3 del mismo artículo permite que la garantía definitiva, en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales, pueda constituirse en forma de retención del precio.

El artículo 42 establece, además, que cuando como consecuencia de la modificación del contrato experimente variación el precio del mismo, se reajustará la garantía en el plazo señalado en el artículo anterior contado desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación, para que guarde la debida proporción con el precio del contrato resultante de su modificación. Estableciendo el artículo 60 del Reglamento que tales variaciones habrán de formalizarse en documento administrativo, que se incorporará al expediente, y se ajustará a los modelos contenidos en los Anexos III a VI, según el tipo de garantía.

5.2.6. *Devolución y embargo de garantías*

Aprobada la liquidación del contrato, si no resultaren responsabilidades que hayan de ejercitarse sobre la garantía y transcurrido el plazo de la misma, en su caso, se dictará acuerdo de devolución de aquélla o de cancelación del aval, conforme dispone el artículo 47.1, pero siempre que no estuvieran afectos al cumplimiento de las responsabilidades establecidas en el artículo 43.2, cuales son:

- a) De las penalidades impuestas al contratista, en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones.
- b) De 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.
- c) De 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 esta Ley.
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

El número 2 del artículo 47 establece que en el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y en los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario (núm. 3).

El número 4 sanciona la inactividad de la Administración disponiendo que si transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 43, anteriormente enumeradas.

En los casos de las garantías especiales y complementarias previstas en el artículo 36, apartados 3, 4 y 5, y en el artículo 83.5, una vez practicada la recepción del contrato, se procederá a sustituir la garantía en su día constituida por otra, por el importe a que se refiere el artículo 36.1, que será cancelada de conformidad con los apartados 1 y 4 del presente artículo.

La Tesorería de la Entidad Local se abstendrá de la devolución de la garantía, conforme al artículo 65.3 del Reglamento, cuando haya mediado providencia de embargo dictada por órgano jurisdiccional o administrativo competente, razón por la cual, las providencias habrán de ser dirigidas directamente al órgano de los citados en que se hallare constituida o depositada la fianza. Previa a la devolución, se fiscalizará por la Intervención, y consistirá en comprobar que existe acuerdo dictado por el órgano competente, además de los extremos previstos en los artículos 194 y 195 de la Ley de Haciendas Locales.