

## **INFORME 3/1992, de 27 de noviembre. Observaciones al Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.**

---

Sin perjuicio de dar por reproducidas todas y cada una de las observaciones recogidas en los dictámenes que ha emitido el Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia con fecha 17 de marzo y 8 de septiembre del corriente, esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa emite el presente informe con la finalidad de recopilar las observaciones manifestadas por sus miembros durante las reuniones celebradas los días 29 de mayo, 5 de junio y 20 de julio de 1992 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, versión de 27 de enero de 1992, algunas de las cuales se encuentran incorporadas en el Proyecto aprobado por el Consejo de ministros el 2 de octubre de 1992.

En ocasiones se han reiterado ciertas cuestiones de máximo interés a pesar de estar recogidas anteriormente en los citados informes, e igualmente de algún modo se han incorporado parcialmente los estudios elaborados por los representantes de la Consejería de Agricultura y Pesca y de la Intervención General en este órgano consultivo.

### **1.- Concepto de legislación básica.**

La Comunidad Autónoma Andaluza, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 15 de su Estatuto de Autonomía ha asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratación administrativa. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contradecía las consecuencias derivadas del concepto material de legislación básica según doctrina constitucional, al entender que todas las Comunidades Autónomas únicamente tienen capacidad de "... introducir en la regulación organizativa de la materia, las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite" según borrador de 27 de enero de 1992. Plasmada la competencia autonómica como desarrollo de la regulación organizativa que no prevé ninguna posibilidad de regulación sustancial de la contratación pública, esta consideración \*desvirtúa el concepto de desarrollo legislativo y vulnera el marco competencial asumido en los Estatutos de Autonomía de las cinco Comunidades Autónomas que tienen competencias de desarrollo normativo de la legislación básica y no sólo de pura organización.

El Proyecto definitivo al justificar la futura nueva Ley en ejercicio de la competencia exclusiva estatal constitucionalmente atribuida en el artículo 149.1.18º, ha paliado de alguna forma estas contradicciones al recoger en su apartado 1º párrafo segundo: "...pero reconociendo, al mismo tiempo, a las Comunidades Autónomas que puedan introducir en la regulación de la materia, las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite.

" Por otro lado, en el texto legal definitivo debería ampliarse el conjunto de disposiciones no básicas recogidas en la Disposición Final Primera, aquilatando para ciertos preceptos la conceptualización de básicos en su totalidad en atención a que no "asegure, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles" en el territorio nacional, permitiendo como tarea posterior la labor de desarrollo normativo de la Comunidad Autónoma sobre dicha materia, tanto a través de normas generales como con los Pliegos Generales de Contratación, estos últimos para lograr la deseable armonización de actuaciones administrativas.

### **2.- Clasificación administrativa: acreditación y supuesto de nulidad de pleno derecho.**

Calificar como causa de nulidad de pleno derecho el supuesto de la adjudicación a un contratista con insuficiente solvencia o falta de adecuada clasificación administrativa es excesiva, pues, a nuestro entender no debe tener como efecto esta grave sanción, la cual se predica en Derecho Administrativo exclusivamente en cuestiones de orden público negocial y de personalidad.

Además, en el previsible texto legal se ha mantenido la posibilidad de que el empresario sin clasificación continúe en la ejecución del contrato por el tiempo indispensable y de que excepcionalmente el Consejo de Gobierno, previo informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, exonere de este requisito, autorizando la contratación con personas que no están clasificadas, que por su conciliación con el interés público implicado podría darse con posterioridad a una adjudicación en aparente nulidad de pleno derecho. Por tanto, encontramos serios inconvenientes en mantener entre los supuestos de nulidad de pleno derecho la adjudicación a empresas sin clasificación, cuando está previsto posibilitar la continuidad en la ejecución del contratista sin clasificación e incluso la exención de clasificación administrativa para el propuesto como adjudicatario. (A.L.C.A.P. \*Artículos 18.11º y 19; P.L.C.A.P\*. Artículos 19.11º, 20 y 23).

Por las razones expuestas, la Comisión entiende que no debería considerarse la falta de solvencia económica y financiera, ni de clasificación, en su caso, como causas de nulidad de pleno derecho; por el contrario, proponemos considerarlas como anulabilidad que hace posible la convalidación a posteriori. (A.L.C.A.P. Artículos 58.2º, 59, 60 y 61; P.L.C.A.P. Artículos 60.2º, 61, 62 y 63).

El Proyecto, al adecuar el Derecho interno a las Directivas comunitarias sobre contratación pública, eleva a rango legal un medio específico de acreditación sobre la solvencia de los contratistas de obras, creando una situación desigual para las empresas nacionales respecto a las extranjeras de Estados Comunitarios, al establecer para las primeras un rígido sistema de clasificación que tiene como efecto diferencias en la presentación de la documentación que avale la solvencia de las empresas. (A.L.C.A.P. Artículo 22 párrafo 3º; P.L.C.A.P. Artículo 23 párrafo 3º).

### **3.- Modificación contractual.**

Respecto al supuesto de modificación del contrato como posible causa de resolución debería contemplarse no sólo el caso de una variación del 20% como criterio cuantitativo, sino introducir otras valoraciones de tipo cualitativo, ya que una modificación puede ser sustancial pero no significativa en el resultado final respecto al importe del contrato. Así mismo, un reformado sin variación económica, puede tener más trascendencia que un reformado superior o inferior al 20%. (A.L.C.A.P. Artículos 95 y 96; P.L.C.A.P. Artículos 107.8 y 108 in fine).

Igualmente, debería aplicarse el principio de equilibrio económico de las prestaciones en el caso de incremento sustancial de partidas o de simple incremento de las mismas, aunque ambas figuren en el proyecto, ya que, el precio de la oferta se realiza de forma global, previendo los oferentes que por la ejecución de determinadas partidas \*van a obtener unos beneficios que les compensen de la ejecución de partidas sin ninguno e incluso de carácter gravoso. Al haber licitado atendiendo al beneficio global del contrato, dicha previsión de beneficios podría ser alterada por modificaciones posteriores, quedando sin cobertura normativa la posibilidad de resolver el contrato a petición del contratista cuando la alteración del precio no supere en más o en menos el límite del 20%, a pesar de tratarse de una modificación sustancial para la oferta económica.(A.L.C.A.P. Artículos 137 y 141.4º y 5º; P.L.C.A.P. Artículos 141 y 145.4º y 5º).

Estas variables cualitativas vienen recogidas para las obras en el apartado quinto del artículo 145 del Proyecto de Ley, enunciando en el precepto siguiente los supuestos comprendidos bajo el concepto de alteración sustancial: "... entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por ciento del importe del presupuesto". Esta causa de resolución se encuentra recogida en estos mismos términos en el apartado tercero del artículo 189 para los suministros, y para los contratos de consultoría y asistencia, de los de servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales en el artículo 204.3 P.L.C.A.P.

Por otro lado, hubiese sido conveniente habilitar un procedimiento sencillo y contradictorio para introducir simples modificaciones con el límite del 10 por ciento de la obra y sin incidencia económica sustantiva, mediante el cual el arquitecto director ordene cambios durante la ejecución del proyecto con una simple comunicación previa a la Administración. (A.L.C.A.P. Artículo 137; P.L.C.A.P. Artículo 141).

### **4.- Publicación en el Boletín oficial del Estado.**

En un principio mostramos nuestra disconformidad sobre el Anteproyecto de Ley de 27 de enero de 1992 que consideraba básico el precepto que exigía, para todo tipo de contratos y cualquiera que fuese su procedimiento de adjudicación con exclusión de los procedimientos negociados sin publicidad, la publicación del anuncio de licitación en el BOE. Discrepancia basada tanto en el alargamiento y complejidad al gestionar la contratación, primordialmente cuando una misma licitación aparezca publicada en tres Boletines Oficiales que supone una excesiva publicidad, como por los gastos innecesarios que surgen, incrementados por publicarse en el B.O.E. por vía de urgencia para tener seguridad de la fecha exacta de la inserción, pues, a pesar de ser cantidades abonadas por el contratista se repercuten siempre en el precio ofertado, e igualmente por implicar una atribución de competencias ejecutivas al Estado que no son necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad y libre concurrencia.

Consecuentemente, en un principio a la vista del Anteproyecto de Ley de 27 de enero de 1992 proponíamos que se estableciese un sistema análogo al previsto para la publicación en el DOCE, en el que, de un lado, se dispusiese la necesidad de difundir a nivel estatal el anuncio en función de la cuantía del contrato y, de otra parte, se contemplase que los plazos de recepción de ofertas o solicitudes se computen a partir del envío del anuncio y no desde su publicación. Se consideró que al trasponer las Directivas Comunitarias al Derecho interno, se había preceptuado la obligatoria publicación en el B.O.E. de las convocatorias de licitación con independencia de la cantidad presupuestada, sin tener en cuenta que por debajo del límite cuantitativo para publicar preceptivamente los anuncios en el D.O.C.E., el Estado Miembro es libre en sus decisiones normativas para dar la adecuada publicidad que haga efectiva los principios de transparencia y libre concurrencia en la contratación pública.(A.L.C.A.P. Artículos 73, 88 y 196).

En el Proyecto de Ley se ha recogido que la publicidad de las licitaciones en el Diario o Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, cuando no sea preceptiva la publicación en el DOCE, podrá sustituir a la publicación en el BOE según el artículo 75. Particularmente en el artículo 90 se establece la obligatoria publicación en el BOE de la adjudicación respecto a los contratos de presupuesto mayor de 50 millones adjudicados mediante el procedimiento negociado. (P.L.C.A.P. Artículos 75 párrafo 1º y 90).

### **5.- Supuesto de contratación directa.**

Se propone incluir junto a la imposibilidad, la conveniencia de no promover la concurrencia en la oferta por circunstancias técnicas o excepcionales, como un supuesto de contratación directa que habrá de ser autorizado mediante resolución motivada que dicte el órgano de contratación. Tal causa viene requerida por existir supuestos de hecho en que, existiendo más de una empresa capacitada, por circunstancias técnicas o excepcionales plenamente justificadas en el expediente, no conviene promover la concurrencia. \*si tal autorización se hace mediante un acuerdo motivado, entra dentro de la competencia y responsabilidad de los órganos de contratación, eliminando el presente Proyecto uno de los supuestos

previstos en la legislación vigente para los contratos típicos: obras Artículo 37.1 L.C.E, suministros Artículo 87.1 L.C.R. y Artículo 213.1 R.G.C.E. para el contrato de gestión de servicios públicos.

Además, entendemos que dicha excepción respetaría la normativa Comunitaria y en concreto la Directiva 71/305/C.E.E., al aplicarse con independencia de la nacionalidad de los contratistas, ya sean nacionales o comunitarios; \* al excluir el supuesto de la no conveniencia de promover la concurrencia se eliminaría una de las posibilidades que ofrece el acervo comunitario, negando la operatividad necesaria para satisfacer los intereses públicos. (artículo A.L.C.A.P. Artículos 87, 151.1 y 197.1; P.L.C.A.P. artículo 89, 155.1 y 201.1).

En ambos textos no se recogen ni para los contratos de obras ni para los suministros estos dos supuestos que justifican el procedimiento negociado sin publicidad (A.L.C.A.P. artículo 132 y 175 y P.L.C.A.P. artículos 136 y 179), a diferencia de los contratos de gestión de servicios y de los contratos de consultoría y asistencia, de los de servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales, que sí contemplan la imposibilidad excepcional de no ser posible promover la concurrencia en la oferta (P.L.C.A.P. artículos 155 y 201)

#### **6.- Revisión de precios.**

El tratamiento dado al sistema de revisión de precios está sujeto a fuertes restricciones que impedirán en la práctica su aplicación y, consecuentemente, supone un retroceso en el régimen jurídico de los contratos administrativos, que puede ocasionar graves consecuencias en las ofertas que se presenten, ya que los contratistas tendrán que valorar eventualidades que de otra forma estaban garantizadas, con el evidente perjuicio para el interés público y calidad de las obras.

Consideramos que el Proyecto ignora la aplicación del principio de equivalencia de las prestaciones, instrumentado a través de la revisión de precios, por las limitaciones a las que está sujeta su aplicación al \*aumentar el presupuesto de la duración prevista del contrato de 6 meses a 1 año, sin ser aplicable la revisión de precios durante el primer año de la ejecución, que sin duda producirá ciertos efectos nocivos en el equilibrio de las prestaciones, y en la calidad de las obras, manteniendo sin revisar el 20 por ciento del importe de adjudicación del contrato. (A.L.C.A.P. Artículos 97 y 98; P.L.C.A.P. Artículos 99 y 100).

#### **7.- Recepción definitiva y responsabilidad decenal en el contrato de obras.**

La eliminación de la recepción definitiva en el Anteproyecto y Proyecto de Ley significa que la constatación de las deficiencias antes que expire el plazo de garantía se efectuará unilateralmente por la propia Administración, sin levantamiento de acta en la que participe el contratista.

Por nuestra parte apreciamos la imperiosa necesidad de mantener la recepción definitiva, pues su exigencia supone un recordatorio del plazo de garantía, asegura un examen técnico de la estructura y funcionamiento de las obras o instalaciones contratadas, e incluso posibilita la solución en el acta de los problemas que surjan con audiencia del contratista.

Si no existiese acta de recepción definitiva las diferencias existentes entre los contratantes sobre la calidad estructural de lo ejecutado se trasladarían a la vía judicial, con los evidentes retrasos y consecuentes perjuicios que se producirían. (A.L.C.A.P. Artículos 103, P. L.C.A.P. Artículo 106).

En conclusión, el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pretende modificar el mecanismo de la responsabilidad del contratista, ya que ésta no finaliza con la recepción definitiva, que no existe, sino de la expiración automática del plazo de garantía a contar desde el acto de recepción o conformidad sin objeciones por parte de la Administración. Esta omisión es perjudicial porque la recepción definitiva constituye un examen solemne y técnicamente especializado, que no puede ser sustituido por la observación externa y aparente del usuario sin ser apreciable a los profanos las deficiencias estructurales que se manifiesten durante el plazo de garantía.

En este caso, la Comisión Consultiva recomienda que la Administración potestativamente, antes que expire el plazo de garantía fijado, levante un acta administrativa para constatar si existiesen defectos constructivos detectados mediante un conciso reconocimiento en orden a evitar que no se subsanen estas anomalías.

En concreto, se exponen las siguientes observaciones:

- a) Debería mantenerse la recepción definitiva.
- b) Separar las causas de exigencia de la responsabilidad decenal para vicios en la construcción o quincenal cuando sea causada por falta del contratista en las condiciones del contrato. (P.L.C.A.P. Artículo 144).
- c) Extender dicha responsabilidad a los facultativos que certifiquen la viabilidad de los terrenos, redacten los proyectos y los supervisen, y dirijan las obras.
- d) Ampliar el concepto de ruina, con los de ruina parcial, ruina funcional, y amenaza y peligro de ruina.
- e) En cuanto al plazo de exigencia de la responsabilidad podría éste basarse en los estudios de amortización de los bienes inmuebles e instalaciones establecidos en otras disposiciones. (A.L.C.A.P.

Artículo 140 ; P.L.C.A.P. Artículo 144).

## **8.- Contratación menor.**

Se han incluido dentro del concepto de contratos menores a los suministros y asistencias técnicas pero, sin embargo, el contrato de trabajo específico y concreto no habitual expresamente se ha excluido sin que podamos atisbar causa alguna que lo justifique. (A.L.C.A.P. Artículo 194; P.L.C.A.P. Artículo 198).

El Anteproyecto recogía los suministros menores con un límite cuantitativo de un millón de pesetas, elevado a dos en el Proyecto de Ley (A.L.C.A.P. Artículo 168; P.L.C.A.P. Artículo 172).

Otro aspecto a destacar es que el Anteproyecto a la hora de definir las obras menores podría haber dado lugar a serias dudas interpretativas en cuanto a las consecuencias de esta concepción, por si afectase exclusivamente al contenido del proyecto o, más aún, a la documentación global del expediente. Conforme a esta segunda interpretación parecería que se asimilaban las obras a los suministros menores y a las asistencias técnicas menores, y según la Comisión Consultiva esta postura era la que parecía desprenderse del texto debatido porque al definir las clases de obras mencionaba en último lugar a las menores.

Sobre el borrador del Anteproyecto considerábamos que no debía perderse la oportunidad de clarificar de manera definitiva desde la norma legal si exclusivamente se sustituiría el proyecto por un presupuesto de las obras o, si por el contrario, en las obras menores la documentación del expediente administrativo consistía en una simple factura.

En el Proyecto de Ley se regula la contratación menor en el artículo 55 del Libro I, Título II "De las actuaciones relativas a la contratación" que prevé que la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y una factura, y en obras además el presupuesto de las obras, "sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando las normas específicas así lo requieran."

En el Libro II la obra menor ya no aparece dentro del objeto que define el contrato de obras, en su lugar, se define exclusivamente por su cuantía, que no ha de exceder de 7.500.000.-ptas. (A.L.C.A.P. Artículo 112; P.L.C.A.P. Artículo 116).

Por último, en la consideración estricta de obra menor, es decir reparaciones simples, mantenimiento y conservación se constata que el Proyecto - tal como en su día consideró la Comisión exclusivamente para las obras que no afecten a la estructura e instalaciones principales del edificio ha previsto que el Reglamento desarrolle la posibilidad de simplificar, refundir o incluso suprimir alguno de los documentos del Proyecto. Simplificación operada en aplicación de un concepto material de obra menor tal como recoge la legislación urbanística, y no exclusivamente cuantitativo, con la finalidad de no exigir el Proyecto Básico y de Ejecución en su conjunto cuando las características de las obras, por cuantía o por la clasificación de la obra no lo requiera. (P.L.C.A.P. artículos 118 y 119).

## **9.- El Arbitraje.**

Desde el principio la Comisión Consultiva expuso la necesidad de incluir en el Anteproyecto de Ley la institución del arbitraje para la resolución de las incidencias contractuales en general, pues únicamente se mencionaba esta figura respecto a la contratación en el extranjero, que igualmente incorpora el Proyecto mediante unas fórmulas sencillas de arbitraje para la resolución de las discrepancias que puedan surgir (A.L.C.A.P. Artículo 109.8º tercer párrafo; P.L.C.A.P. Artículo 112).

El establecimiento de esta alternativa al rígido sistema de recursos para la solución de las discrepancias que surjan durante la ejecución del contrato, es muy positivo ya que aceleraría su solución, fijando los hechos a través de comisiones de arbitraje mientras que la decisión sobre el Derecho aplicable se atribuiría a los órganos revisores administrativos o judiciales.

En el Proyecto aprobado (artículo 58) se ha recogido esta vía de resolución de conflictos mediante reenvío a los requisitos que se establezcan en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas. Igualmente, se recurre a una comisión de arbitraje en el artículo 141 en su párrafo 2º para el supuesto de determinación de los precios correspondientes a nuevas unidades de obras o modificaciones sustanciales, existiendo disconformidad en su fijación entre el contratista y la Administración mediante un procedimiento sumario que se regularán reglamentariamente.

## **10.- Proyecto final de obra y obra completa.**

Esta Comisión encuentra imprescindible la redacción del Proyecto Final de obra para recoger de alguna forma los efectos de las modificaciones puntuales acaecidas durante la ejecución y la falta de descripción suficientemente detallada de los planos referidos a las vías de conducción en los proyectos básicos y de ejecución. Así, en el contrato de dirección superior se recogería la obligación de redactar un Proyecto Final que recoja de forma gráfica y detallada estos aspectos, de alguna forma plasmados durante la ejecución en el Libro de Ordenes y Asistencias.

El presupuesto que justifica redactar este Proyecto proviene de la compleja actividad que es construir, al comprender un vasto conjunto de unidades difíciles de prever y proyectar de antemano con total exactitud,

que conlleva la necesidad ineludible de realizar pequeñas modificaciones del proyecto, generalmente no sustantivas, durante la ejecución de la obra. De ahí que suela ser buena práctica profesional llevar junto al libro de órdenes otro que recoja la historia de la realización de la obra.

Para reflejar todo ello estimamos que el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debería haber recogido este documento, como anexo al proyecto básico y de ejecución, en orden a facilitar el posterior mantenimiento y conservación de la edificación resultante, reafirmando el concepto de que los proyectos deberán referirse necesariamente a obras completas.