

Órgano de contratación y cofinanciación de contratos públicos

por Jorge Crespo Pérez

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad de Salamanca

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) se encarga de la atribución de competencias en su artículo 12, señalando que los órganos de contratación en la Administración General del Estado serán los Ministros y los Secretarios de Estado, mientras que en la Administración institucional serán los representantes legales y Directores generales. Dicho esto, en la práctica es habitual que un determinado contrato afecte a más de un centro directivo, Ministerio o, incluso, Administración. Por este motivo, la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas llevada a cabo por la Ley 53/1999, y que dio lugar al Texto Refundido, se preocupó de un modo particular por estos supuestos[1]. En primer lugar, en cuanto a contratos que afectan a más de una Secretaría General, y exclusivamente respecto de contratos de suministros, servicios, consultoría y asistencia, la competencia es del Ministro, si bien la misma puede estar atribuida a una Junta de Contratación[2]. Esta medida, lógica, tiene por fin evitar cualquier tipo de descoordinación mediante la atribución de la competencia a un único órgano. Sin embargo, es difícil comprender por qué motivo no se ha incluido a los contratos de obra en dicha previsión. Piénsese en el supuesto de la construcción de un edificio con el fin de albergar oficinas de distintas Secretarías de Estado.

Cuando se trate de varios departamentos ministeriales o de distintas Administraciones, se instruirá un único expediente por el órgano a quien corresponda, participando los demás en su financiación a través de convenios o protocolos de actuación[3]. No se establece cual será el órgano de contratación, lo cual, en opinión de algún autor, no deja de crear inseguridad jurídica[4]. MARTÍNEZ MENÉNDEZ señala que se podía haber atribuido la competencia a un órgano o Departamento con competencias horizontales, previsto la creación de órganos colegiados *ad hoc* que integren a miembros de los distintos participantes, o haber usado un concepto jurídico indeterminado para la atribución de competencia. Sin embargo consideramos que, una vez más, lo que ha pretendido el TRLCAP es dejar los aspectos organizativos establecidos únicamente en líneas generales, permitiéndose de este modo la adaptación a las circunstancias particulares de cada supuesto. Será el convenio o protocolo de actuación el que establezca cuál sea el órgano competente, pudiendo optar por la fijación de un órgano competente existente de antemano o por la creación de un órgano *ad hoc*[5]. Un criterio posible sería que el órgano de contratación fuese el órgano con la competencia más relacionada con el objeto del contrato, o el que participe en mayor medida en la financiación. Lo que sí se encarga de dejar claro el TRLCAP (y por duplicado: artículos 12.5 y 69.2) es que sólo existirá un órgano de contratación, garantizando de este modo la adecuada coordinación, celeridad y economía del procedimiento, agilizando los trámites, evitando redundancias procedimentales y posibles *vetos*[6].

Esta previsión de que exista un solo órgano de contratación favorece también a los contratistas, ya que sus relaciones jurídicas quedarán establecidas con ése, con independencia de qué otros órganos o Administraciones participen en la financiación. En este sentido, dos sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1988 (Ar. 1776 y 1777) establecen que el contratista se puede dirigir contra el órgano de contratación para realizar las reclamaciones que estime oportunas, con independencia de que la financiación corresponda a distintos órganos. La primera sentencia establece lo siguiente:

CONSIDERANDO.- Que el contrato de 14 de mayo de 1975 fue concertado por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos de Toledo, a quien, lógicamente, se deberá demandar en caso de incumplimiento, y ello con independencia de las aportaciones que vienen obligados a hacer tanto el Estado como el Ayuntamiento, en las respectivas proporciones establecidas, puesto que tales obligaciones internas del organismo contratante no serán oponibles al adjudicatario que, como en este caso, celebró el contrato con el señor Gobernador Civil de Toledo, en su calidad de Presidente de aquella Comisión, por lo que debe ser desestimada la falta de litisconsorcio pasivo excepcionada en la contestación a la demanda.

En ambas sentencias se trata de la negativa de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos de Toledo (Comisiones sustituidas en la actualidad por las Comisiones Provinciales de Colaboración del Estado con las Corporaciones Locales) a pagar un porcentaje de las certificaciones por revisión de precios; en concreto, el porcentaje que correspondía aportar a los ayuntamientos que colaboraban en la financiación de las obras. En efecto, los aumentos sobre el precio de la obra deben ser pagados en proporción a los porcentajes inicialmente aportados por cada órgano[7]. Conforme a estas sentencias, el órgano de contratación debe pagar al contratista y, por otro lado, exigir el dinero al resto de órganos participantes en la financiación.

Por lo tanto, en caso de que la financiación del contrato haya de hacerse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de la misma Administración, se tramitará un solo expediente por el

órgano de contratación al que corresponda la adjudicación. En dicho expediente se acreditará la disponibilidad de todas las aportaciones y el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad. El artículo 84 d) RGC señalaba que debía acreditarse esa disponibilidad de fondos mediante documentos vinculantes, sin embargo estas previsiones han sido interpretadas flexiblemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA)[8]. Esta previsión es más oportuna cuando son entidades privadas las que participan en la cofinanciación. El artículo 84 d) RGC establecía igualmente que el crédito presupuestario del Estado no debía ser el primero en utilizarse salvo “casos muy justificados”. Este precepto parecía poco compatible con el principio de corresponsabilidad que debe imperar en estas relaciones[9]. Por este motivo, el artículo 8 del Reglamento General de la LCAP, que viene a sustituir las previsiones del artículo 84 d) RGC, se limita a decir que los distintos departamentos participantes pondrán a disposición del órgano de contratación “la documentación acreditativa de los correspondientes expedientes (entendemos que la aprobación y fiscalización del gasto que acrediten la plena disponibilidad de la aportación), *de conformidad con los criterios y repartos acordados en los oportunos convenios o protocolos de actuación*” (el subrayado es nuestro).

Parece pues que toda regulación queda remitida a los convenios y protocolos de actuación que se establezcan. Los convenios de coordinación no presentan grandes problemas. Mediante este tipo de instrumentos se puede organizar la celebración de contratos cuando éstos son de interés para varios departamentos o Administraciones, de modo que se coordine el ejercicio de sus competencias al respecto para la mejor satisfacción de todos los intereses públicos implicados. Para ello, se establecerá el porcentaje de participación financiera de cada sujeto y la determinación de la competencia para celebrar el contrato, bien mediante la atribución de la misma a uno de ellos, bien mediante la creación de un órgano *ad hoc*. Igualmente se puede establecer la participación del resto de sujetos mediante la evacuación de informes, vinculantes o no, o inclusión de miembros de los mismos en la Mesa de Contratación.

Tema distinto es el de los llamados convenios de financiación. En estos supuestos existe una competencia de una Administración y otra Administración distinta colabora económicamente con el desarrollo de la misma. Ha sido denunciada la utilización de estos instrumentos por parte del Estado para interferir en el ejercicio de competencias propias de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. El auxilio financiero a través de los convenios interadministrativos es una excepción al principio de no condicionamiento de los recursos económicos transferidos a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales; no condicionamiento derivado del principio de autonomía financiera de las mismas[10].

En el supuesto de que la competencia sea exclusiva de la Comunidad Autónoma o Corporación Local, la transferencia de recursos sólo puede ser realizada mediante convenio si en los Presupuestos Generales de la Administración que realiza la transferencia se prevé la misma, limitándose el convenio a ser una “estricta comprobación o verificación de que el proyecto de actuaciones – cuya elaboración y responsabilidad han de corresponder a la Comunidad Autónoma – que constituye el objeto sobre el que convienen las partes, se ajusta y responde a la finalidad genérica prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado como objeto de financiación”[11]. Por tanto, no es lícito que el Estado se atribuya una competencia que no le corresponde[12], se reserve derechos de injerencia (autorizaciones, informes vinculantes, derechos de veto)[13], o imponga un clausulado determinado en los contratos a celebrar usando de la fuerza negociadora que supone disponer de los fondos para ejecutar la actividad[14].

En el caso de que el Estado disponga de competencia sobre el dictado de bases en la materia hay que decir que las bases deben ser establecidas por normas jurídicas, sin que pueda acudir al convenio. Otra cosa es que se utilicen los llamados “convenios-programa”, que son aprobados por normas jurídicas y posteriormente se firman con las Comunidades Autónomas, limitándose dicha firma a la mencionada comprobación de que el proyecto responde a la finalidad prevista en el convenio-programa (que realmente es una norma jurídica y no un convenio)[15]. Si la competencia del Estado es de coordinación, si es posible la técnica del convenio.

[1] Cfr. J. A. MARTÍNEZ MENÉNDEZ, “Modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 y el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el expediente de contratación y el procedimiento de adjudicación”, Noticias UE, Nº 198, 2001, pág. 36.

[2] Artículo 12 TRLCAP en sus párrafos 1 y 4 d).

[3] Existe una descoordinación entre el contenido del artículo 12.5 TRLCAP, que establece como mera posibilidad la tramitación de un único expediente, y el artículo 69.2 TRLCAP, que lo impone como obligación.

[4] MARTÍNEZ MENÉNDEZ, op. y loc. cit.

[5] Por la disposición final tercera del Reglamento General de la LCAP se modifica el artículo 8.1.b) del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, estableciendo que la fiscalización del gasto en el supuesto de concurrencia de distintas fuentes de financiación corresponderá al interventor delegado cuya competencia orgánica o delegada se corresponda con la del órgano de contratación. Sin embargo, no se prevé que sucederá

cuando se constituya un órgano *ad hoc*.

[6] Por lo que respecta a la Comunidad de Castilla y León, los órganos de contratación son las Consejerías, y corresponde a la Junta "determinar el órgano de contratación cuando los mismos afecten a varias Consejerías" (artículo 16 o) de la Ley 3/2001, de Gobierno de la Comunidad).

[7] Salvo que se disponga otra cosa en el convenio de cofinanciación. Era algo expresamente previsto en el artículo 84 d) del Reglamento General de Contratación del Estado (RGC), sin que exista norma similar en el Reglamento General de la LCAP, si bien es un principio lógico, que se aplicará salvo previsión en contrario. Cfr. N. VALERO LOZANO, "Régimen jurídico de las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos en la ley 13/1995, de 18 de mayo. Consideración especial de las tramitaciones urgente y de emergencia", RAP, Nº 142, 1997, págs. 515 y 516.

[8] Según el informe 4/97 de 20 de marzo de 1997: "en el caso de cofinanciación de contratos con las Administraciones Autonómicas y Locales, el artículo 70.2 (69.2 TRLCAP) debe ser interpretado en el sentido de que la plena disponibilidad de aportaciones se cumple con la aprobación del gasto para el ejercicio corriente y para los sucesivos, con arreglo a sus respectivas normas presupuestarias y que la prestación de una garantía para la efectividad de las aportaciones no exige su constitución en sentido estricto jurídico, *debiendo estarse, sobre todo, a los convenios, normas o disposiciones de los que resulte la cofinanciación y de lo que dispongan respecto a los indicados extremos*" (el subrayado es nuestro).

[9] N. VALERO LOZANO, "Régimen jurídico...", cit., pág. 515, señala que "no parece necesaria una previsión de utilización ordenada del crédito que favorezca discriminadamente a alguno de los participantes".

[10] Según el Tribunal Constitucional, los fondos deben "transferirse globalmente por el Estado para ser integrados en los presupuestos de la Hacienda autonómica, sin otros condicionamientos que el genérico estrictamente indispensable para asegurar el destino de la subvención afectándolo a la finalidad prevista en los Presupuestos Generales del Estado, de modo que se respete la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas" (STC 201/1988), y lo más respetuoso con la autonomía financiera es "que en los Presupuestos Generales del Estado esos fondos aparezcan ya como transferencias corrientes o de capital" (STC 13/1992), por lo que el uso de los convenios debe ser excepcional. Cfr. J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 152 y ss. Y P. MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2000, págs. 149 a 152.

[11] J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios...*, cit., págs. 157 y 158.

[12] Un ejemplo: un convenio firmado entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la Junta de Extremadura para la financiación de un plan de promoción pública de viviendas fija la financiación al 50% de las viviendas y establece que cada Administración gestionará el 50% del plan. Por tanto, se atribuye una competencia al Estado de la cual no dispone. La modificación de la competencia puede suceder en el sentido inverso. Así un convenio entre el Organismo Autónomo de Aeropuertos Nacionales y la Comunidad Autónoma de Canarias establecía la financiación de las obras de construcción del aeropuerto de La Gomera por la segunda, atribuyéndole igualmente la adjudicación de las obras (competencia del Estado). Cfr. J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios...*, cit., págs. 175 y 178.

[13] Un convenio firmado entre la Administración del Estado, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Municipio de Alhama para la construcción de unas instalaciones deportivas de uso público establece que el Municipio preparará y adjudicará el contrato (por lo que no se modifica la competencia al respecto), si bien se otorga el derecho a las otras dos Administraciones de informar con carácter vinculante el proyecto y se establece que dos representantes de las mismas actúen con voz y voto en el acto de adjudicación. Cfr. J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios...*, cit., pág. 175.

[14] J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios...*, cit., pág. 160. No puede aducirse que la Comunidad Autónoma ha convenido en dichas limitaciones de su competencia, pues "un razonamiento semejante sería constitucionalmente inaceptable porque la autonomía y las propias competencias son indisponibles" (STC 13/1992).

[15] Cfr. J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios...*, cit., págs. 158 y 159 y P. MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, cit., pág. 146.