

El derecho de la contratación pública. Especial referencia a los órganos competentes en materia de contratación en la Administración Local

Antonio J. ALONSO TIMÓN
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Palabras clave

I. Evolución Histórica y regulación actual de la contratación administrativa en España.

- 1.1. *Introducción.*
- 1.2. *La regulación de los contratos administrativos tras la aprobación de la Constitución española de 1978.*
- 1.3. *La Ley de Contratos en vigor: el texto refundido 2/2000, de 16 de junio.*
- 1.4. *Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley.*
 - 1.4.1. El ámbito subjetivo de aplicación.
 - 1.4.2. El ámbito de aplicación objetivo.

II. Los contratos de las administraciones públicas en general. Regulación actual de la diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados.

- 2.1. *La distinción en la actual Ley de Contratos.*

III. La contratación pública en el ámbito de la Comunidad Europea. Legislación y Jurisprudencia. Principios generales e influencia del Derecho Comunitario en nuestra legislación de contratos.

3.1. *Introducción.*

3.2. *Cuestiones del derecho comunitario de la contratación administrativa que influyen directamente en el derecho interno español.*

- El concepto de poder adjudicador.
- La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que incorpora las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.
- La capacidad de los contratistas. Prohibición de adoptar la solvencia como criterio de adjudicación.
- El principio de confianza legítima.
- Otros principios comunitarios en materia de contratación.

3.3. *Conclusiones.*

IV. Órganos competentes en la Administración Local en materia de contratación pública.

4.1. *Competencias de los Órganos de Gobierno.*

4.2. *Competencias de los Órganos Burocráticos Especializados.*

4.2.1. Servicios jurídicos.

4.2.2. La Intervención.

4.2.3. Servicios Técnicos.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

1.1. Introducción

La técnica contractual no es un fenómeno nuevo en la actuación de los poderes públicos, sino que viene siendo utilizada como instrumento idóneo para la consecución de los intereses públicos desde hace mucho tiempo. En la mayor parte de los países occidentales, la actividad contractual llevada a cabo por los poderes públicos no ha dado lugar a la formación de un derecho especial y característico. Todo lo contrario ha sucedido en España, donde la tendencia a la formación de un derecho especial de los contratos de la Administración ha ido creciendo, completándose y diferenciándose cada vez más del derecho común.

Hasta mediados del siglo XX, el régimen jurídico de los contratos celebrados por los entes públicos se encuadraba en el Derecho privado. Esta circunstancia cambió notablemente a mediados del siglo XX debido a la importación académica de las tesis francesas acerca de la substantividad del contrato administrativo. Este pensamiento doctrinal se trasladó al ámbito de la legislación y es en esa época cuando se inicia una tendencia a establecer regulaciones completas del derecho de la contratación administrativa.

Es precisamente el ámbito local, como indica Santamaría Pastor¹, el que inaugura esta corriente legislativa con el primer texto expresivo de la tendencia apuntada: el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, que estableció en su seno todas las reglas especiales de los contratos administrativos (causa de los contratos, poder de interpretación y modificación, resolución unilateral

1. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, vol. II, 2.ª ed., Madrid 2000, p. 191.

de los conflictos y potestad directiva y sancionadora de la Administración contratante).

A este texto le sigue la Ley de Contratos del Estado, aprobada mediante texto articulado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. Esta norma jurídica culmina, en el ámbito legislativo, la teoría de la naturaleza jurídica propia e independiente del contrato administrativo, estableciendo una regulación muy prolífica de sus peculiaridades propias, tanto desde el punto de vista formal como material. En desarrollo de esa importante norma de contratación administrativa del derecho español, vigente hasta hace pocas fechas, se dictó el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 410/1975, de 25 de noviembre, vigente parcialmente hasta octubre de 2001.

1.2. La regulación de los contratos administrativos tras la aprobación de la Constitución española de 1978

Tres son los factores fundamentales por los que en 1995 se aprueba una nueva norma que regula la contratación pública (la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas):

- La necesidad de adaptar al contenido del texto constitucional la legislación en la materia, fundamentalmente por lo que se refiere a la distribución de competencias que en materia de contratación pública se recoge en el Título VIII de nuestro texto constitucional. Concretamente, en el artículo 149.1.18 se establece que será el Estado el que tenga atribuida la competencia para el establecimiento de la legislación básica, quedándole a las CC.AA. facultades de desarrollo legislativo y potestades ejecutivas.
- La incorporación de nuestro país a la Comunidad Europea, lo que hizo necesario incorporar, de manera incorrecta, como tuvo ocasión de declarar posteriormente el Tribunal de Justicia, algunas Directivas comunitarias en materia de contratación pública a la Ley y al Reglamento de Contratos a través de modificaciones parciales por Real Decreto Legislativo 931/1986 y Real Decreto 2528/1986, respectivamente.
- La lucha contra la corrupción en el mercado de contratación pública que se manifiesta como una preocupación primordial a

mediados de los años noventa a la vista de los casos ocurridos en esos años, y que motiva la adopción por la nueva Ley de 1995 de medidas y criterios concretos y específicamente destinados a combatir ese fenómeno.

Como consecuencia de la necesidad de dar una respuesta legislativa a esos tres hechos, se aprueba el 18 de mayo de 1995 la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que es objeto de un desarrollo parcial muy limitado por parte del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, quedando en vigor en gran parte el antiguo Reglamento de Contratos de 1975, que había sido dictado en desarrollo de la Ley de 1965, como se comentó anteriormente.

Tras la aprobación de esta Ley, y confirmando la aplicación sin excepción al ámbito de la contratación pública de la característica fundamental de la mutabilidad del derecho administrativo, se producen varias reformas parciales de la Ley de 1995 al poco tiempo de su entrada en vigor y se intensifican con el cambio de Gobierno que tiene lugar en el año 1996. A finales de 1998 tiene lugar el alumbramiento de una importante norma especial en materia de contratación administrativa que regula, en cumplimiento de lo establecido en el derecho comunitario, los denominados *sectores excluidos*: agua, energía, transportes y telecomunicaciones (es decir, todos aquellos ámbitos sobre los que habían venido ejerciendo un monopolio las empresas públicas de los países Comunitarios. El objetivo, más que discutible, es proteger durante un tiempo estos sectores que quedan excluidos de la aplicación de los principios comunitarios de la contratación pública hasta que estas empresas de reciente privatización puedan adaptarse a la llegada de la competencia). En esta situación llegamos a diciembre de 1999, cuando la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, opera una profundísima reforma en el articulado de la Ley 13/1995. La propia disposición final de la Ley 53/1999, consciente del considerable *tijeretazo* y la negativa influencia que el mismo tiene en el principio de seguridad jurídica, autoriza al Gobierno para que en el plazo de seis meses apruebe un Texto Refundido en materia de Contratación Pública. Ese mandato es cumplido por el ejecutivo a través del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE de 21 de junio de 2000; corr. err. en BOE de 21 de septiembre de 2000), por el que se aprueba el Texto Refundido en materia de Contratación Pública que está vigente en la actualidad. El desarrollo normativo de la materia era inevitable y debía continuar su curso normal mediante la aprobación del Reglamento ejecutivo de

dicha Ley. En efecto, la esperada e inevitable norma se aprobó mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (BOE de 26 octubre 2001; corr. err. en BOE de 19 de diciembre de 2001).

1.3. *La Ley de Contratos en vigor: el Texto Refundido 2/2000, de 16 de junio*

El Texto Refundido actualmente vigente, aprobado en junio de 2000, tiene como principal objetivo refundir todas las numerosas reformas legales introducidas en la Ley 13/1995. Sin embargo, como casi siempre, el Gobierno aprovecha para introducir algunas pequeñas modificaciones con finalidades interpretativas y armonizadoras.

La Ley también aprovecha para introducir una mayor objetividad, transparencia y concurrencia (principios nucleares del derecho comunitario) en los procesos de contratación. Ejemplos concretos del esfuerzo por dar cumplimiento a estos principios básicos son la reducción de la duración de los contratos de gestión de servicios públicos y de los contratos de consultoría, asistencia y servicios con el fin de promover la concurrencia en dichos contratos, la exigencia de mayores controles para las modificaciones de los contratos, auténtica vía de fraude durante la vigencia de la legislación anterior, con limitaciones por primera vez en nuestro ordenamiento a las modificaciones de unidades del contrato con independencia de su repercusión presupuestaria, es decir, aunque no tengan incidencia en el gasto público.

Como última nota más destacable, se puede señalar la supresión ya prevista por la Ley 53/1999, del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales y la admisión, con límites, de la utilización de las figuras de los contratos de arrendamiento financiero (renting) y de arrendamiento con opción de compra (leasing), a pesar de que ello va en contra del tradicional principio que prohibía expresamente el pago aplazado del precio y la admisión también, de la utilización de contratos con empresas de trabajo temporal.

La valoración que me merece la norma es bastante positiva en líneas generales. El principal e importantísimo defecto que se puede achacar al Texto es su casi exclusiva preocupación por regular la contratación que realizan, de ordinario, los grandes Ministerios del Estado, olvidándose de que es aplicable, como consecuencia de su carácter básico conforme al artículo 149.1.18 de la CE, a las CC.AA.

y a las EE.LL. Son precisamente estas últimas las que más problemas están teniendo en la aplicación práctica de la Ley.

1.4. *Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley*

1.4.1. El ámbito subjetivo de aplicación

Éste es, sin duda, uno de los aspectos más polémicos en materia de contratación administrativa, con una trascendencia práctica importante.

No existe duda acerca de la aplicación completa de la norma a las Administraciones Públicas territoriales (Estado, CC.AA. y EE.LL. en la actualidad). Sin embargo, la lucha está centrada en el terreno de los entes instrumentales, es decir, aquellas organizaciones que, bajo diferentes formas jurídicas, utilizan las Administraciones territoriales para la prestación de determinados servicios por delegación. La batalla tiene un nombre suficientemente elocuente: *huida del derecho administrativo*. El origen tiene lugar bajo la vigencia de la Ley de Contratos de 1965, en la que se desarrolló una fuerte tendencia escapista². La técnica utilizada es la creación de formas jurídicas variopintas que intentan, en todo caso disimular la mano que mece la cuna, y la justificación se halla en el hecho del endurecimiento de las condiciones exigidas por el derecho administrativo a los entes públicos a la hora de celebrar contratos frente a las normas del derecho civil, lo que ha producido un importante aumento del número de este tipo de entes y un auténtico caos en el intento de disciplinar su régimen jurídico organizativo y de funcionamiento. Parece que en los últimos años, como consecuencia de los esfuerzos efectuados por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha puesto coto a los abusos existentes, desarrollando una línea jurisprudencial interpretativa muy rigurosa que tiene su núcleo básico en la aplicación del concepto de *poder adjudicador*. Pero sobre este particular concepto desarrollado por el citado Tribunal volveremos en otro apartado de esta exposición.

La respuesta al problema expuesto que da la Ley de Contratos actualmente vigente se encuentra en el artículo 1. De la lectura de

2. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Principios de Derecho Administrativo», o.c., p. 199.

este precepto se puede concluir que la norma se aplica a los siguientes Entes Públicos:

- A las Administraciones Públicas territoriales. (Estado, CC.AA. y EE.LL. Tanto a las CC.AA. como a las EE.LL. se les aplica la Ley en sus aspectos básicos, parcialmente, por consiguiente).
- En aplicación de la normativa comunitaria, la Ley adopta la siguiente solución por lo que a la aplicación de la Ley a las entidades instrumentales se refiere:
 1. La Ley es aplicable a las entidades constituidas para satisfacer finalidades públicas. Así, se aplica en todo caso a los Organismos Autónomos en su totalidad; y a las EPES siempre que no tengan carácter mercantil o industrial y que, además de lo anterior, estén sometidas a la dirección o control efectivo por parte de una Administración territorial, bien a través de la financiación pública de las mismas, bien a través del control sobre el nombramiento de sus órganos directivos.
 2. Las EPES que no reúnan acumulativamente los dos requisitos anteriores sólo deberán someterse a los actos separables (fases de preparación y adjudicación).
 3. Para las Sociedades Mercantiles Públicas, las más polémicas, la solución se halla en lo dispuesto específicamente por la Disposición Adicional 6.^a, que obliga a que se sometan a los principios esenciales de la contratación pública: publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (ya estamos con las salvedades, tan peligrosas en este ámbito por la enorme incidencia económica que tiene).

1.4.2. El ámbito de aplicación objetivo

Es muy reducido. La Ley sólo se aplica directamente a los contratos nominados (los que son siempre administrativos *ex lege*) siempre que no estén referidos a los *sectores excluidos*, cuya contratación se regula en la Ley 48/1998. Supletoriamente, se aplica al resto de contratos administrativos especiales (los que sus normas reguladoras califiquen como administrativos).

La propia Ley excluye de su ámbito de aplicación expresamente, en su artículo 3, diversos contratos y convenios.

II. LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN GENERAL. REGULACIÓN ACTUAL DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

La aplicación de la figura del contrato a la Administración no ha dejado de encontrar resistencia, habiéndole intentado reconducir a la del acto administrativo. Jellinek, en una visión mantenida por parte de la doctrina administrativista en la actualidad, configura el contrato como acto administrativo bilateral. Sin embargo, no hay ningún obstáculo para admitir el verdadero carácter de contrato del celebrado por la Administración.

Existen dos tesis sobre la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración Pública. Primera: los contratos de la Administración son todos civiles. Segunda: unos contratos son civiles y otros administrativos³. La primera tesis parte de la convicción de que las Entidades Públicas territoriales son sujetos dotados de capacidad jurídico-privada y de poder público, por lo que con su capacidad privada pueden ponerse de acuerdo con otros sujetos para crearse y atribuirse recíprocas consecuencias jurídicas. Con la capacidad jurídico-privada celebran contratos civiles y con el poder público-administrativo dan nacimiento a actos administrativos. Ésta es la tesis de casi todos los Derechos de los países europeos, con la importante excepción de Francia y los países de inspiración administrativa francesa, como es el caso español, ordenamiento en el que se sigue la segunda de las teorías enunciadas, la de la convivencia de la dualidad entre contratos civiles y contratos administrativos.

Cuando se acepta la tesis de que existen contratos civiles y contratos administrativos surge la necesidad de establecer los criterios diferenciadores entre unos y otros, es decir, buscar la esencia del contrato administrativo por el cual adquiere substantividad propia. Sin embargo, la realidad nos muestra que ninguno de los criterios utilizados para la diferenciación entre uno y otro tipo de contratos es válido, porque sólo existen contratos privados, y estos son divididos,

3. Esta afirmación es obra de BOQUERA OLIVER, J. M.³, «Los Contratos de la Administración desde 1950 a hoy». *Revista de Administración Pública*, 150 (septiembre-diciembre de 1999) 13. En nota a pie de página se explica más detenida y matizadamente el fundamento de tan acertada y rotunda afirmación en el hecho de deudas históricas condicionadas por injustificados condicionamientos de tipo jurisdiccional que, en ningún caso, pueden ser determinantes de la naturaleza de las instituciones jurídicas.

atendiendo a sus especialidades, en civiles, laborales, mercantiles o administrativos: no existe diferencia de naturaleza entre ellos. Lo más decepcionante es que el esfuerzo por decidir cuándo el contrato es civil o administrativo sólo tiene como efecto práctico más relevante la atribución de su enjuiciamiento a un orden jurisdiccional o a otro⁴. Y en la mayor parte de los casos, la cuestión de la naturaleza del contrato sólo sirve para propiciar una pequeña escaramuza procesal. Así, cuando el particular acude ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo porque crea que el litigio que pretende resolver tiene como base un contrato que es administrativo y, por consiguiente, fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el artículo 2.b) de la LJCA de 1998, el defensor de la Administración alega la incompetencia de este orden porque considera que el contrato es civil, y si es el Abogado del Estado el que lleva el asunto ante dicho orden, el particular niega que el contrato sea administrativo. Y en el orden civil ocurre lo mismo⁵.

La actual jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 sigue, en este punto, la solución que desde el punto de vista de la fiscalización de los contratos públicos se ofrecía en la Ley de contratos de 1995 y también en la actual, cual es la de atribuir a favor de este orden jurisdiccional (art. 1) el conocimiento de todos que se planteen en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sometidas al Derecho administrativo y el artículo 2, que dispone que también conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con actuaciones de las Administraciones Públicas que no están sujetas al Derecho administrativo, y entre ellas letra b) «las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas». Por lo que el artículo 2.b) supone una excepción al principio general contenido en el artículo 1, acogiendo la doctrina de los actos separables, procedente del derecho francés. En definitiva, «la doctrina de los actos separables supone una comunidad de normas de los contratos administrativos y privados, una zona común de la contratación de la Administración»⁶.

4. *Ibid.*, p. 24.

5. *Ibid.*, p. 27 *in fine* y 28.

6. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., «Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, REDA, 95 (1997) 399.

Como pone de manifiesto Boquera Oliver, la regulación que de este asunto se hace en la actualidad recuerda bastante a la solución a la que se llegó a finales del siglo pasado en la Ley Santamaría de Paredes⁷.

En nuestra opinión, coincidente con la expresada por Santamaría Pastor, la búsqueda de criterios de distinción entre los contratos administrativos y los privados es estéril, «... carece de interés ... y no ofrece una solución concluyente»⁸. O sí: la expresada anteriormente y que es acogida por Boquera Oliver. Los contratos administrativos son una subespecie de contratos privados.

2.1. *La distinción en la actual Ley de Contratos*

La dualidad de contratos se mantiene en el texto actual. Para establecer la diferenciación entre uno y otro tipo de contratos, el artículo 5 acude a criterios más que discutibles.

Se califican como contratos administrativos los siguientes:

1. Los que se regulan en dicha Ley, que son cuatro: obras, gestión de servicios públicos, suministro y los de consultoría y asistencia o de servicios (la tríada clásica, a la que se añade el de consultoría).
2. Los que sean calificados expresamente como tales por una Ley (se produce una redundancia con el supuesto anterior, aunque aquí se quiere hacer mención a los contratos administrativos

7. BOQUERA OLIVER, J. M.^a: «Los Contratos de la Administración desde 1950 a hoy», o.c., p. 29. Recuerda este autor cómo en dicha norma se atribuye el conocimiento de los contratos de la Administración a la Jurisdicción contencioso-administrativa debido a la trascendencia económica que dichos contratos tienen, sugiriendo que las sentencias de ese orden jurisdiccional serían más comprensivas con los intereses que la Administración defiende frente a los particulares. En mi opinión este pensamiento era válido a finales del siglo pasado por la propia composición y organización, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en aquella época pero no en el momento actual, en el que no se sabe qué es mejor para la Administración, si que conozca ella o los demás órdenes. Parece que finalmente el autor citado también tiene esa opinión y acaba afirmando que hoy en día no existe la razón espuria que llevó los contratos de la Administración ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

8. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Principios de Derecho Administrativo», o.c., p. 196.

especiales y no nominados, si bien la técnica legislativa, una vez más, no es la más ortodoxa).

3. Los que posean esta naturaleza por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla (criterios, desde luego, difícilmente aprehensibles en el primer caso, ya que es difícil determinar cuándo el objeto del contrato está o no vinculado al giro o tráfico específico de la Administración⁹, e indolentemente superfluo en el segundo, ya que es difícil preguntarse cuándo un contrato administrativo no satisface una finalidad pública de la competencia de la Administración contratante).
- Igualmente, la LCAP califica como contratos privados una serie de ellos en su artículo 5.3, que obedecen al criterio de la lista ejemplificativa sin que constituya un *numerus clausus* y, como pone de manifiesto Boquera Oliver, «no hay nada más acientífico que resolver los problemas jurídicos haciendo una lista»¹⁰.

Por consiguiente, según el legislador, existen tres tipos de contratos: los contratos administrativos de naturaleza no especial, los contratos administrativos de naturaleza especial y los contratos privados.

Por lo que a los contratos administrativos se refiere, son no especiales aquellos que tienen por objeto uno de los enumerados por el legislador, y especiales aquellos que no siéndolo por el objeto satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública, por lo que no tenemos un criterio para saber cuándo un contrato es administrativo, sino dos (el del objeto y el de la finalidad, si bien el del objeto es de aplicación preferente).

La consecuencia de declarar un contrato como administrativo o no es el diferente régimen jurídico al que queda sometido:

- Los contratos administrativos nominados se rigen, en primer lugar, por la LCAP y sus disposiciones de desarrollo; supletoria-

9. Giro o tráfico administrativo es para el inventor del concepto (García de Enterría) cuando el sujeto Administración actúa para realizar obras o servicios públicos.

10. BOQUERA OLIVER, J. M.^a «Los Contratos de la Administración desde 1950 a hoy», o.c., p. 26.

mente, por las restantes normas de Derecho administrativo; finalmente, en caso de laguna, opera como derecho supletorio de segundo grado, el Derecho civil (art. 7.1 LCAP).

- Los contratos administrativos especiales se rigen en primer lugar por las normas específicas que los regulan; en segundo lugar, supletoriamente, por la LCAP y sus normas de desarrollo; en tercer lugar, por el Derecho civil (art. 7.1 LCAP).
- Los contratos privados, conforme al artículo 9.1 de la LCAP, no se rigen en su totalidad por el Derecho privado, ya que los actos de preparación y adjudicación de los mismos deben quedar sometidos al Derecho administrativo (doctrina de los actos separables). En lo demás (efectos y extinción) se someten al Derecho privado.

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. PRINCIPIOS GENERALES E INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

3.1. Introducción

La importancia económica de los mercados de contratación pública exige una preocupación por la regulación de los mismos desde las instancias comunitarias, con el objetivo básico de que se favorezca la libre competencia de las empresas que de lugar a un verdadero mercado único europeo de la contratación pública.

Las importantes diferencias entre las legislaciones de los países miembros aconsejaron entrar tan sólo en la regulación en los aspectos nucleares del procedimiento de contratación, sin que se acometiese la regulación completa de un modelo específico de contrato, logrando de esta forma que la legislación comunitaria encontrase menor resistencia a su aplicación por parte de los Estados miembros al no tener que cambiar por completo su sistema, sino cumplir con rigurosidad el principio de trato igual con las empresas nacionales de las empresas del resto de los países miembros. De este modo, en los países que han optado por un modelo de separación, como Alemania, el Derecho comunitario afecta exclusivamente a los contratos que caen en la órbita de las Directivas (aquellos que excedan un determinado precio o umbral comunitario). Sin embargo, en los países como España, que ha optado por integrar el Derecho comunitario en el

derecho interno de la contratación administrativa, es muy importante la interpretación y desarrollo que en el ámbito comunitario se produce, con especial mención a la interpretación proveniente del Tribunal de Justicia, verdadero impulsor de los conceptos básicos en materia de contratación pública.

3.2. *Cuestiones del derecho comunitario de la contratación administrativa que influyen directamente en el derecho interno español*

El concepto de poder adjudicador.

«Para las Directivas comunitarias, debe entenderse por organismo de Derecho público todo aquel que reúna estas dos condiciones:

- a) Que haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tenga carácter mercantil.
- b) Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se haya sometido a un control por parte de estos últimos ... Lo que importa al Derecho comunitario es si la actividad es o no empresarial (los poderes adjudicadores se reducen a los que realizan actividades de regulación)»¹¹. Este concepto está muy presente en el actual artículo 1.3 de la LCAP española de 2000. Se incorpora definitivamente el concepto funcional y se abandona la concepción formal. Para el Derecho comunitario es irrelevante la forma jurídica que adopte el ente instrumental, lo relevante es la función que viene llamado a cumplir. El efecto práctico que se consigue es una mayor sujeción al Derecho administrativo por parte de los entes instrumentales, independientemente de la forma jurídica que adopten y el respeto a las exigencias del procedimiento contractual, fundamentalmente en lo que se refiere a la publicidad, transparencia y libre competencia. Ha sido el Tribunal de Justicia quien se ha pronunciado por un concepto inequívocamente funcional, el que de manera más

11. BAÑO LEÓN, J. M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP*, 151 (enero-abril de 2000) 15.

notable ha influido en la incorporación por parte de nuestro derecho de esta concepción. La Sentencia de 17 de diciembre de 1998 es la más significativa (Comisión contra Irlanda, Asunto C-356/96, Recurso I, 1998-12). Se condena a Irlanda por no publicar en el DOCE un contrato de suministro de fertilizantes donde el órgano contratante era una empresa pública (el Servicio de Bosques), que para el TJCE se ocupaba de una actividad de interés general, por lo que debía quedar sujeta al respeto del principio de publicidad en el procedimiento contractual, independientemente de la forma jurídica que adoptase. Como consecuencia de la doctrina sentada por el TJCE en esa Sentencia, las Directivas posteriores a la misma sobre contratos públicos incorporan una definición funcional de poder adjudicador¹².

- La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que incorpora las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

Esta Ley, que proclama su contenido como básico conforme al artículo 149.1.18 de la CE de 1978, incorpora la regulación aplicable a los antiguamente denominados *sectores excluidos*. En definitiva, se sustrae de la contratación pública y, por consiguiente, del ámbito objetivo de aplicación de la LCAP, a las entidades de Derecho público y a las empresas públicas que actúan en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones. Sólo se aplicarán a estos ámbitos contractuales las normas sobre publicidad y competencia previstas en la Ley 48/1998, que incorpora el contenido de las Directivas citadas. En este caso, lo que se produce es el efecto totalmente contrario al pretendido por las Directivas comunitarias en materia de obras, servicios y suministros: la exclusión de muchas entidades públicas sujetas tradicionalmente al Derecho administrativo de la contratación administrativa, independientemente de la naturaleza de sus actividades. No obstante, el legislador español, a diferencia de otros países comunitarios en donde se efectúa una atribución íntegra del conocimiento de estos contratos a la jurisdicción civil, somete su fiscalización a la jurisdicción contencioso-administrativa en los aspectos de la publicidad, selección, adjudicación..., es decir, por lo que a los actos separables se refiere.

12. Esta idea es puesta también de manifiesto por MORENO MOLINA, J. A., en «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», *RAP*, 151 (enero-abril de 2000) 326.

- La capacidad de los contratistas. Prohibición de adoptar la solvencia como criterio de adjudicación.

«El Tribunal de Justicia ha dejado claramente establecido que es contraria, al Derecho comunitario una interpretación que permita que la experiencia o la solvencia se utilicen como criterio de adjudicación»¹³. Para ello basta examinar la doctrina de la Sentencia Beentjes, de 20 de septiembre de 1988, recaída en el Asunto 31/87 (cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial nacional en recurso presentado por la empresa Beentjes al no resultar la adjudicataria de un contrato por falta de experiencia a pesar de haber presentado la oferta más ventajosa económicamente). El TJCE afirma en su resolución a la cuestión prejudicial de interpretación que le plantea el órgano nacional que en los criterios de adjudicación del contrato se tendrá en cuenta únicamente, bien sólo el precio más bajo bien el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico, todo ello con la finalidad de identificar la oferta no más barata, sino la más ventajosa económicamente. «Este criterio interpretativo es plenamente aplicable a nuestra entera legislación de contratos ... no puede recogerse en los pliegos de cláusulas administrativas la experiencia o la solvencia como criterios de adjudicación ... pues... no son criterios predicables de la oferta, sino de la aptitud de las empresas»¹⁴, por lo que se pueden tener en cuenta a la hora de la clasificación de las mismas, pero no a la hora de la adjudicación. Esta cuestión es importante para el ámbito local, muy proclive a la utilización de estos criterios de adjudicación tan perniciosos para la consecución del objetivo último que pretende esta prohibición comunitaria emanada de la doctrina del TJCE, que no es otra que la apertura de los mercados y la transparencia.

- El principio de confianza legítima.

El principio de confianza legítima puede ser invocado por todo particular al cual una Institución comunitaria haya hecho albergar esperanzas fundadas. Por el contrario, nadie puede invocar una violación del principio de confianza legítima si la Administración no le ha dado unas seguridades concretas. Sobre la interpretación de este importante principio de la contratación comunitaria, véase la Senten-

13. BAÑO LEÓN, J. M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», o.c., p. 35.

14. *Ibid.*, p. 36.

cia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998, asunto T-105/96 (declaración de responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo por no formalizar finalmente un contrato de transporte de sus Parlamentarios por un período de tres años con la Empresa a la que el propio Parlamento Europeo había informado que iba a ser la adjudicataria del contrato).

- Otros principios comunitarios en materia de contratación.

«El TJCE ha ido configurando desde sus orígenes todo un conjunto de principios generales del Derecho que han servido para interpretar el Derecho comunitario y para colmar las lagunas en él existentes ... fundamentalmente a través de la extensión ... de la remisión, prevista en el artículo 215 del Tratado de la Comunidad Europea ... a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros»¹⁵. Entre estos principios, cuyo respeto se impone no sólo a las autoridades comunitarias, sino también a todas las autoridades nacionales encargadas de aplicar el Derecho comunitario en el ámbito interno, se pueden destacar los siguientes:

1. Los derechos fundamentales de la persona.
2. El principio de igualdad, por el que se prohíben no sólo las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino cualquier otro tipo de discriminación o trato desigual.
3. El principio de seguridad jurídica, que tiene por objeto garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario.
4. El principio de proporcionalidad, por el que se exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa.

3.3. Conclusiones

La apuesta hecha por el legislador español a la hora de incorporar a la contratación administrativa la normativa comunitaria ha produ-

15. MORENO MOLINA, J. A., «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», o.c., p. 341.

cido una profunda transformación de la materia. Quizás la nota más destacada que ese dato ha tenido es, por una parte, la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de contratación pública a sujetos que con anterioridad a la aplicación del concepto funcional de ente público que como consecuencia de la aplicación del derecho comunitario se adopta se escapaban hacia el derecho privado, mucho más flexible y, por otra parte, la reducción del ámbito objetivo de aplicación de la contratación pública al quedar fuera de la misma sectores estratégicos tan importantes como el agua, la energía, el transporte o las telecomunicaciones, a los que se les aplica su normativa específica.

En nuestro país, la influencia de la aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública es mayor que en la de los países que únicamente se han limitado a incorporar las Directivas para los contratos definidos en las mismas, manteniendo un régimen de separación, por lo que «el juez español que conozca de las cuestiones suscitadas con respecto a temas de contratación administrativa tendrá que aplicar cada vez con más frecuencia el Derecho comunitario a contratos que no pueden subsumirse en el ámbito de las Directivas europeas, a los que, sin embargo, son de aplicación conceptos jurídicos de origen comunitario»¹⁶.

IV. ÓRGANOS COMPETENTES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1. Competencias de los Órganos de Gobierno

La distribución de competencias en materia de contratación pública, por lo que a los EE.LL. se refiere, se efectúa entre el Alcalde y el Pleno de la Corporación, en el caso de los Municipios, y entre el Presidente y el Pleno de la Diputación, en el caso de las Provincias. También la Comisión de Gobierno de los Municipios y Provincias puede ejercer por delegación del Alcalde, Presidente de Diputación o Pleno de ambas entidades, como señalaremos después, algunas competencias en materia contractual.

16. BAÑO LEÓN, J. M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», o.c., p. 37.

Las reformas operadas en la Ley de Bases de Régimen Local en 1999 refuerzan el papel del Alcalde frente al Pleno, otorgándole mayores poderes en materia de contratación y concesiones [artículo 21.1.f) y ñ) 34.1.f) y k)].

En definitiva, de manera esquemática, las competencias de los Alcaldes y Presidentes de Diputación en materia de contratación administrativa son las siguientes:

1. Disponer gastos sin control previo por parte del Pleno hasta un límite del 10 % del Presupuesto ordinario de la Corporación [artículo 21.1.f) y 34.1.f) de la LBRL].
2. Aprobar, con carácter definitivo, los expedientes de contratación si éstos se sitúan dentro de los límites económicos que se acaban de señalar (10 % del Presupuesto) (art. 113.1 del TRRL).
3. Adoptar las medidas necesarias, bajo su responsabilidad directa, en casos de catástrofes o calamidades públicas, dando cuenta posteriormente, con la mayor brevedad posible, al Pleno [artículo 21.1.j)]. Esta competencia la ejercerá normalmente el Alcalde del Municipio afectado. De hecho la LBRL no regula una competencia similar a favor del Presidente de la Diputación.
4. Presidir la Mesa de Contratación [artículos 24.h), 29.b) y 113.3 del TRRL].
5. Formalizar los contratos en escritura pública o documento administrativo (art. 113.6 TRRL).
6. Interpretar, modificar y resolver los contratos sobre los que él tenga competencia directa, de acuerdo con los límites cuantitativos señalados (artículo 114 TRRL).
7. Contratar obras, servicios y suministros siempre que su cuantía no exceda del 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto ni de 6,1 millones de euros (mil millones de pesetas) ó contrataciones plurianuales no superiores a 4 años y siempre que no superen la cuantía señalada [art. 21.1.ñ) y 34.1.k)].
8. Preparar y adjudicar contratos, en general (arts. 41.11.2 y 61.10.2 del ROF).

Por su parte, los Plenos de las Corporaciones, tienen atribuidas las siguientes competencias:

1. Disponer gastos en asuntos de su competencia (contratos cuya cuantía exceda del 10% del Presupuesto de la Corporación) (art. 22.2e) y 33.1.c) LBRL).

2. Aprobar los expedientes de contratación, si el gasto es de su competencia (artículo 113 TRRL).
3. Constituir la Junta de compras, si lo estima conveniente, atendiendo al tipo ordinario de contratos que celebre la Corporación (art. 113 *in fine* TRRL).
4. Aprobar los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales y Particulares en los contratos de su competencia (art. 122.1 TRRL).
5. Interpretar, modificar y resolver los contratos de su competencia (art. 114 TRRL).
6. Contratar obras, servicios y suministros cuya duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el Presupuesto Anual de la Entidad [art. 23.1.c) y d) TRRL].
7. Autorizar la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, en contratos cuya ejecución exceda de un presupuesto anual (art. 125.2 del TRRL).
8. El art. 47.3 de la LBRL enumera una serie de materias que no son delegables en el Alcalde o Presidente de la Diputación si así lo aprueba el Pleno por mayoría absoluta. Asimismo, en sentido inverso, el art. 22.2.o) de la LBRL y 23.1.a) del TRRL prevén dos supuestos en los que el Pleno puede delegar el ejercicio de potestades a favor de los respectivos órganos unipersonales de gobierno.

Igualmente, la Comisión de Gobierno de las EE.LL. puede asumir las competencias en materia de contratación que les delegue el Alcalde o el Presidente y el Pleno, conforme establece el art. 23.2.b) y 4 y 35.2.b) y 3, respectivamente, de la LBRL.

4.2. Competencias de los Órganos Burocráticos Especializados

4.2.1. Servicios Jurídicos

1. Composición de las Juntas de Contratación.
2. Informe sobre innecesariedad de pliego de cláusulas administrativas particulares.
3. Informe sobre utilización de las prerrogativas administrativas por parte del órgano de contratación.
4. Informe, en su caso, en expedientes de contratos urgentes.
5. Participación como vocal en la Mesa de Contratación.
6. Informe previo a la resolución del órgano de contratación y posterior a la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación.

4.2.2. La Intervención

1. Composición de las Juntas de Contratación.
2. Expedición de certificado de existencia de crédito.
3. Fiscalización del gasto.
4. Participar como vocal en la Mesa de Contratación.
5. Asistir al acto de recepción o conformidad.

4.2.3. Servicios Técnicos

1. Informe, en su caso, en expedientes de contratos urgentes.
2. Informes, en su caso, a la Mesa de Contratación.
3. Informe sobre el carácter desproporcionado o temerario de las bajas en las subastas.
4. Informe sobre adjudicación del contrato.
5. Informe sobre procedencia de contratación de consultoría y asistencia, y de servicios.

