



## **SEMINARIO "LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO".**

### **MÓDULO 5:**

- ✚ Examen de algunos problemas prácticos que ha planteado la trasposición de la Directiva 2004/18/CE.
- ✚ Novedades sobre las "Partes del contrato".
- ✚ Novedades sobre la ejecución de los contratos.

### **INTRODUCCIÓN.**

Este seminario va dirigido a los Letrados del Gabinete Jurídico, que es el órgano directivo encargado de la representación y defensa en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y del asesoramiento al Consejo de Gobierno de dicha Comunidad.

Su objeto es la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE de 31 de octubre) (en lo sucesivo, LCSP), y su finalidad esencial es la exposición de las novedades que introduce en el ámbito de la contratación del sector público, aunque con un enfoque participativo.

Esta ponencia tiene por objeto el modulo 5 que se estructura en los tres guiones reseñados en el encabezamiento.



El primer guión, "Examen de algunos problemas prácticos que ha planteado la trasposición de la Directiva 2004/18/CE" (en lo sucesivo, la Directiva), tiene por objeto la exposición de las principales cuestiones que se han planteado por parte de la Comisión europea en relación al anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público, así como la de cómo han quedado resueltas en la LCSP.

El segundo guión, "Novedades sobre las partes del contrato", tiene por objeto la exposición de las principales novedades que presenta la LCASP sobre esa materia, que es objeto del Título I del Libro I de la Ley, así como la de ciertas omisiones, contradicciones y cuestiones que se han producido o se plantean.

El tercer guión, "Novedades sobre la ejecución de los contratos", tiene por objeto la exposición de las novedades que sobre ejecución de los contratos del sector público presenta la nueva Ley, que son escasas ya que la LCAP reproduce casi en su totalidad el contenido del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LCAP).

### **PRIMER GUIÓN: EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE HA PLANTEADO LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/18(CE).**

Los principales problemas prácticos que ha planteado la incorporación de la Directiva 2004/18, se ponen de manifiesto, fundamentalmente, en la posición de la Comisión Europea expuesta en las observaciones formuladas con motivo del anteproyecto de la LCSP que le fue remitido.



Las principales observaciones son las siguientes:

1ª. Sociedad de capital mayoritariamente público y organismo de derecho público según la Directiva 2004/18.

La Comisión europea parte de que la Directiva no establece el requisito de que para ser organismo de derecho público sea necesario que, en su caso, la mayoría de su capital social sea público. Basta que reúna los tres requisitos exigidos por la Directiva, en particular, el tercero, de carácter alternativo (financiación mayoritaria por entes que sean poderes adjudicadores, control de su gestión por los mismos o nombramiento de más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia por poderes adjudicadores). Puede, perfectamente, ocurrir que un ente sea organismo de derecho público porque, sin financiación mayoritaria pública, uno o varios poderes adjudicadores controlen su gestión o designen a más de la mitad de sus órganos de administración, dirección o vigilancia, siempre que, además, concurren los dos primeros requisitos que establece la Directiva.

La razón de la observación de la Comisión radica en que la actual LCAP, en su artículo 2.1, incluye dentro del concepto "sociedades públicas", las previstas en el artículo 166.1.d), de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y sociedades equivalentes de las demás Administraciones Públicas, que se refiere a las sociedades mercantiles en las que, sin participación superior al 50% de su capital, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que se refiere al supuesto de existencia de un grupo de empresas cuando exista una unidad de decisión.

El argumento citado, unido al hecho de que el anteproyecto, al definir el sector público, distinguía entre sociedades de capital mayoritariamente público (art.3.1.d) y



“cualesquiera otros entes, organismos y entidades...” (art.3.1.h), llevó a la Comisión a considerar que en el supuesto indicado, no entran las sociedades públicas que reúnan los requisitos para ser organismo de derecho público de la Directiva, aunque su capital pertenezca minoritariamente a poderes adjudicadores.

El texto final de la LCSP se ha limitado a suprimir el adjetivo “otros” que contenía la letra h) del artículo 3.1, con lo que resuelve parte de la observación, pero queda en pie la cuestión de si cabe en nuestro ordenamiento jurídico una sociedad pública creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general, no mercantil o industrial, que, sin tener la mayoría, directa o indirecta del capital social, controle su gestión o pueda designar a más de la mitad de los miembros de su órgano de dirección, administración o vigilancia.

2ª. Posibilidad de que las fundaciones privadas sean poderes adjudicadores porque reúnan los requisitos para ser organismos de derecho público.

La Comisión europea considera que las fundaciones privadas (las que no reúnen los requisitos de la letra f) del apartado 1 del artículo 3 de la LCSP) pueden reunir los requisitos para ser consideradas organismos de derecho público sujetos a la Directiva porque: gozan de personalidad jurídica, son creadas para satisfacer una necesidad de interés general y poderes adjudicadores controlan su gestión a través del protectorado.

El argumento fundamental en contra del concepto de poder adjudicador que sostiene la Comisión consiste en que el concepto “organismo de derecho público” y, en general, el de “poder adjudicador” implican necesariamente la intervención de poderes adjudicadores en la creación de la fundación y para satisfacer fines de interés general, no mercantil o industrial, de la competencia de los entes creadores de la fundación.



En cualquier caso, la observación de la Comisión se salva, momentáneamente, de la misma forma que la antes expuesta relativa a la sociedades con capital público no mayoritario.

3ª. Adjudicación de contratos a entidades internas (artículo 4.1, letra n).

La Comisión titula en la forma indicada lo que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se denomina "in house providing" o, en la LCAP, "encomienda de gestión", impropia.

Sobre esta materia la Comisión considera que si cualquier ente, organismo, etc... de un poder adjudicador puede adjudicar contratos a una entidad interna y basta que el capital de esta sea enteramente de titularidad pública, aunque en su capital no participe el adjudicador, cabe plantearse en qué se fundamenta que la entidad adjudicadora ejerce sobre la entidad interna un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Esta cuestión se ha resuelto en el texto definitivo con la introducción del actual párrafo segundo del artículo 24.6 de la LCSP.

4ª. Sujeción o no a la LCSP de las operaciones de préstamo, crédito, etc... destinadas a allegar recursos a los poderes adjudicadores para financiar las necesidades presupuestarias.

El texto del anteproyecto mantenía el contenido actual de la letra k) del artículo 3.1 de la LCAP, en lo relativo a la exclusión del ámbito de la Ley de las operaciones de préstamo, crédito, etc... para financiar las necesidades previstas en la normas presupuestarias.



La Comisión, con fundamento en lo previsto en el Considerando 27 de la Directiva 2004/18, considera que solo están excluidos de la Directiva los servicios financieros relativos a operaciones relacionadas con la venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, pero no, las operaciones de préstamo, crédito, etc... celebradas para obtener fondos con los que satisfacer las necesidades previstas en las normas presupuestarias.

#### 5ª. Modificaciones del contrato

La Comisión, basándose en la jurisprudencia del TSUE, sostiene que si un poder adjudicador quiere introducir modificaciones en un contrato después de haberlo celebrado, debe haberlo previsto y establecido en los documentos de la licitación, sin que ello permita alterar la estructura esencial del contrato, ni una condición, que de haberse incluido en el anuncio de la licitación, hubiera permitido a los licitadores presentar ofertas sustancialmente diferentes. Asimismo, afirma que las modificaciones por necesidades nuevas no están previstas en la Directiva, y las debidas a causas imprevistas deben encuadrarse en las limitaciones establecidas en la Directiva para las obras, suministros y servicios complementarios.

La observación se ha recogido en el artículo 202 de la LCSP, que varía el régimen de las modificaciones contractuales.



## **SEGUNDO GUIÓN: LAS PARTES DEL CONTRATO.**

La exposición de esta materia se va a realizar siguiendo el orden contenido en el título II del Libro I de la LCSP, pero acumulando distintos preceptos cuando regulen aspectos de una misma materia.

Se expondrán las novedades que introduce la LCSP y, en su caso, las omisiones o insuficiencia, que el nuevo texto legal contenga.

### **1. La parte pública contratante.**

El Título II de libro I de la LCAP, en contra de lo que dice su título (“Las partes del contrato”), no regula los sujetos públicos contratantes, sino los órganos o personas que actúan por ellos; no obstante, “parte” del contrato lo es la Administración, ente, entidad u organismo público con personalidad jurídica, y no el órgano o persona actuante.

No se pretende aquí exponer el ámbito subjetivo de la nueva Ley, ya que nos adentraríamos en el contenido de otras ponencias. No obstante, sí que han de reseñarse sucintamente las distintas categorías de entes, entidades y organismos del sector público que recoge la citada Ley para someterlos a uno u otro régimen de contratación, régimen que, a su vez, influye en algunos aspectos del régimen regulador de la otra parte del contrato, los contratistas, suministradores o prestadores de servicios, así como las dudas existentes sobre si ciertas entidades son o no sector público o, en su caso, poderes adjudicadores.

Las entidades, entes y organismos que integran el sector público a los efectos de la LCSP se especifican en el artículo 3.1 de la misma.



En lo que aquí interesa, deben destacarse las siguientes entidades del sector público:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- Los Organismos Autónomos y la Entidades Públicas Empresariales.
- Las Sociedades mercantiles con capital mayoritariamente público.
- Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a que se refiere al artículo 6.5 de la Ley 30/1992, y la legislación de régimen local.
- Las fundaciones con aportación mayoritaria, directa o indirecta del sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidas por las referidas entidades.
- Las asociaciones constituidas por entes del sector público.

Entre los supuestos reseñados, se han planteado algunas dudas:

1. Se ha planteado si las sociedades mercantiles con participación pública inferior al 50% pueden ser o no poderes adjudicadores si controlan la gestión de la sociedad.
2. También se ha planteado si son o no poderes adjudicadores las fundaciones privadas, en cuanto concurren o no los requisitos establecidos en la Directiva 2004/18/CE para ser organismo de Derecho Público.
3. Las Mancomunidades están incluidas en la letra I) del artículo 3.1 (son asociaciones).



La LCSP enumera, a continuación, dentro del sector público, las entidades, entes y organismos que son Administraciones Públicas (AAPP) y las que son Poderes Adjudicadores (PP.AA).

De las entidades que son AAPP según el artículo 3.2 de la LCSP, interesa destacar lo siguiente:

1. Lo son, entre otras, las AAPP territoriales y los OO.AA.
2. No lo son nunca las Entidades Públicas Empresariales. La consecuencia de esto es que, si solo son contratos administrativos, los típicos, o especiales celebrados por AA.PP, los celebrados por las Entidades Públicas Empresariales nunca lo serán.
3. El artículo 3.3 enumera las entidades que son PP.AA, que coincide con la regulación de la Directiva 2004/18/CE.

La cuestión que se plantea en relación con dicho artículo 3.3. es si las Mancomunidades son PPAA del artículo 3.3.c (asociaciones de entes) o si lo son de su letra a) (AA.PP). Entendemos que las Mancomunidades asumen competencias de las entidades mancomunadas, luego son entes territoriales y, por tanto, AAPP.

La distinción dentro del Sector público entre AAPP, PPAA y entidades que no son ni AAPP ni PPAA va a determinar lo siguiente:

1. Los contratos administrativos típicos y especiales de las AAPP se rigen por la Ley. estén o no sujetos a regulación armonizada.
2. Los contratos de las PPAA que no sean AAPP se rigen: si son contratos sujetos a regulación armonizada por el mismo régimen que los de la AAPP en cuanto a



preparación y adjudicación, con las especialidades que se establecen en el artículo 174. Si son contratos distintos a los sujetos a regulación armonizada, se rigen por lo dispuesto en el artículo 175.

3. Los contratos celebrados por las entidades que no son ni AAPP ni PPAA se rigen por lo dispuesto en el artículo 176.
4. Los contratos celebrados por los PPAA que no son AAPP y por las entidades que no son ni AAPP ni PPAA, siempre son privados, lo que implica la ausencia de prerrogativas administrativas.

## **2. Órgano de contratación.**

La Ley de Contratos del Sector Público dedica el Capítulo I del título relativo a las partes del contrato al "órgano de contratación", que se integra por tres artículos referidos, respectivamente, a la "competencia para contratar" (artículo 40), "el responsable del contrato" (artículo 41) y "perfil de contratante" (artículo 42).

1. Competencia para contratar.

El artículo 40 no regula directamente la competencia para contratar, sino que se refiere realmente a "la representación en materia contractual" en el ámbito de los sujetos del sector público. Esa competencia la atribuye al órgano de contratación, que será el órgano unipersonal o colegiado que legal, reglamentaria o estatutariamente la tenga atribuida.



El precepto olvida que en el ámbito de las personas jurídicas se aplica la teoría organicista por la que aquéllas actúan por sí mismas a través de sus órganos, sin que exista representación en sentido estricto.

El precepto, en su apartado 2, prevé la delegación o desconcentración de competencias y facultades contractuales.

Las delegaciones y desconcentraciones se han de ajustar a las normas y formalidades previstas en cada caso por el ordenamiento jurídico.

Respecto a las CC.LL, lo más destacable es que se prevén, tanto la delegación, como la desconcentración, supuesto este último que no aparece regulado en la legislación de régimen local, con la salvedad del artículo 185.3 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que se remite al artículo 23 de la Ley de Bases de Régimen Local, que regula la delegación, por lo que habrá de acudir a la Ley 30/1992.

Otra particularidad es que la facultad de delegar y desconcentrar se atribuye al órgano de contratación. Esta posibilidad plantea la cuestión de si, constituidas Juntas de Contratación, estas podrán desconcentrar sus competencias. Esto sería un contrasentido, ya que la posibilidad legal de constituir Juntas de Contratación es precisamente un supuesto, desconcentración funcional de la competencia contractual que les atribuye y se regula directamente por la Ley de Contratos del Sector Público con el fin de radicar las competencias contractuales en un órgano colegiado especializado.

No ha de olvidarse que en la delegación, para que se extienda a las facultades en materia de gasto, han de mencionarse expresamente éstas y que en la



desconcentración, se plantea si los actos del órgano receptor de las competencias desconcentradas agotan o no la vía administrativa.

El precepto referido citado a las CC.LL, permite afirmar sin duda que las atribuciones de facultades contractuales del Pleno a otros órganos a que se refiere la Disposición Adicional Novena.1 del Reglamento de la LCAP es un supuesto de desconcentración.

## 2. Formalidades para el otorgamiento de poderes.

El precepto que estamos comentando remite a las mismas formalidades previstas para el otorgamiento de poderes en los casos de delegación o desconcentración de facultades contractuales cuando se trata de órganos societarios o de una fundación.

Olvida el precepto que no siempre se efectúa esa delegación mediante el otorgamiento de poderes representativos, como ocurre en el caso de los Consejeros delegados societarios en que basta el nombramiento y delegación y consiguiente inscripción registral para que se actúe como tal, sin necesidad de poder, sin olvidar que la extensión de la vinculación de la sociedad por los actos de aquél en distinta que es el caso de los meros apoderados.

## 3. La cuestión de la posibilidad o no de creación de centrales de contratación por la CC.LL.

Las centrales de contratación son órganos especializados creados para actuar adquiriendo suministros y servicio para otros órganos de contratación o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos (artículo 187.2). Según el apartado.1 del artículo 187 todas las entidades del sector público pueden centralizar la contratación de obras, servicios y suministros,



atribuyéndola a servicios especializados. Además, las CC.AA y las Entidades Locales, así como todas las entidades dependientes de las Administraciones Públicas, pueden adherirse a los sistemas de contratación centralizada del Estado, o de otras CC.AA o EE.LL mediante acuerdos al efecto.

La duda se plantea porque el artículo 188.2 dice que "en el ámbito de la Administración Local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno" y la Disposición Adicional 2º.5, dice que "En los Municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 188, mediante acuerdos al efecto".

A la vista de esos dos preceptos, se plantean algunas cuestiones: la primera es si en el ámbito de la Administración Local solo pueden constituir centrales de contratación las Diputaciones; la segunda es determinar si la citada Disposición Adicional limita más la posibilidad de constituir centrales de contratación por las Diputaciones Provinciales, ciñéndola a actuar como órgano de contratación de Municipios de población inferior a 5.000 habitantes.

La primera cuestión ha de contestarse, en nuestra opinión, en sentido negativo, ya que el propio artículo 187.1 faculta a todas las entidades públicas a centralizar la contratación de obras, suministros y servicios, atribuyéndola a servicios especializados, uno de los cuales son las centrales de contratación. Además, el artículo 189.2 permite a las EECC adherirse a sistemas de contratación centralizada de otras EE.LL, sin limitarla a los sistemas creados por las Diputaciones Provinciales. Finalmente, los principios de autonomía y autoorganización fundamentan



suficientemente que las EE.LL puedan crear centrales de contratación cuando por el volumen de su contratación lo consideren necesario o conveniente.

Tampoco parece que el artículo 188.3 pueda interpretarse en el sentido de que, sólo para las contrataciones de la propia Diputación Provincial, la competencia para crear centrales de contratación corresponda al Pleno, ya que carecería de sentido la frase "En el ámbito de la Administración local".

Sobre la segunda cuestión, nos inclinamos también por una respuesta negativa, es decir, no parece que la citada Disposición Adicional limite la posibilidad de crear centrales de contratación por las Diputaciones Provinciales solo para las contrataciones que interesen a los Municipios de menos de 5.000 habitantes, ya que el artículo 188.3 no establece esa limitación y hubiera bastado que el contenido de aquélla se incorporase a este último precepto, limitando la frase "En el ámbito de la Administración Local". Además, el mismo efecto se consigue en el supuesto de centrales de contratación creadas para sí por las Diputaciones Provinciales y con las que los Municipios de más de 5000 habitantes suscriban los convenios de adhesión previsto en el artículo 189.2.

En nuestra opinión, el artículo 188.3 permite que mediante acuerdos al efecto de todas las EE.LL interesadas, la Diputación Provincial puede crear centrales de contratación siempre que lo haga por Acuerdo del Pleno. Por su parte, la Disposición Adicional citada especificaría esa posibilidad para los Municipios de menos de 5.000 habitantes, ya que la técnica de las centrales de contratación les permite simplificar su gestión contractual, reducir costes y obtener precios más favorables.



4. Las encomiendas de gestión contractual de la Disposición Adicional Segunda.5.

La citada Disposición permite que los Municipios de menos de 5.000 habitantes puedan encomendar la gestión contractual a las respectivas Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas unipersonales.

En realidad, dicho precepto es innecesario y genera confusión. Es innecesario porque al amparo de las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 (RJPAC), ya podían efectuarse las encomiendas de gestión contractual. Genera confusión porque podría interpretarse que en el ámbito local las encomiendas de gestión contractual sólo podrían efectuarse por los Municipios de menos de 5.000 habitantes, cuando ya el artículo 15 de la Ley 30/1992 permite que las encomiendas las efectúen todas las entidades locales mediante convenio al efecto con el encomendatario.

5. La competencia contractual y de suscripción de los convenios contractuales o no, en las EE.LL.

La Disposición Adicional segunda delimita con más precisión la competencia contractual en las EE.LL; pero no resuelve expresamente la cuestión que plantea el artículo 4 de la LCSP sobre quién es competente para celebrar convenios contractuales o no, cuestión que también plantea la LCAP.

El artículo 4 remite para determinar el régimen de los negocios jurídicos que regula a la normativa específica de cada uno de ellos y, en su defecto, a los principios que la propia Ley establece para los contratos del sector público. La cuestión es si uno de esos principios es que el órgano con competencia contractual también la tiene, a falta de norma expresa, para suscribir los correspondientes convenios. En nuestra opinión



así es, pero la LCSP debería haberlo previsto, como ya lo estableció el Reglamento de la Ley de Contratos del Estado de 1975.

### **3. El responsable del contrato.**

Esta figura aparece regulada en el artículo 41 de la LCSP y también se refieren a ella los artículos 213 y 218 de la misma Ley.

El artículo 41 se limita a establecer lo siguiente:

1. Los órganos de contratación son quiénes pueden designar un responsable de cada contrato.
2. Su designación siempre es facultativa.
3. Sus funciones son supervisar la ejecución del contrato para el que ha sido designado responsable y dictar las instrucciones necesarias para asegurar la correcta realización de la prestación pactada.
4. Sus funciones se han de desenvolver dentro del ámbito de las facultades que el órgano de contratación le atribuya.
5. Puede ser designado como tal una persona física o una persona jurídica, vinculada o ajena al ente contratante.
6. En los contratos de obras sus facultades se entienden sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo (artículo 41.2).

Curiosamente el artículo 41.2 refiere a las facultades del Director Facultativo a "lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Libro IV" que regula los efectos, cumplimiento y extinción del contrato de servicios, mientras que las facultades del



Director Facultativo están delimitadas en el contrato de obras en el Capítulo I de dichos Títulos y Libro.

7. Puede efectuar instrucciones de interpretación técnica del contrato dirigidas al contratista para que las obras se ejecuten con estricta sujeción al proyecto que sirve de base al contrato, sin perjuicio de las facultades del Director Facultativo (Artículo 213).

Se supone que en los contratos de obra, las facultades del responsable del contrato no se han de superponer a las del Director Facultativo, por lo que la interpretación técnica que realice no podrá recaer sobre lo que es cometido propio profesional del Director Facultativo.

En contratos distintos del de obras, ha de tenerse en cuenta que también puede existir un Director del contrato de estudio o servicio. Así lo prevé la cláusula 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972 (BOE de 30 de marzo), que establece unas funciones.

8. Le corresponde también asistir a y efectuar la recepción de las obras en representación de la Administración (artículo 218).

Se ha de suponer que en los demás contratos, tendrá también el mismo cometido.

Parece que la figura del responsable del contrato es simplemente, dada su designación facultativa, una previsión dirigida a los órganos de contratación para que designen personas que controlen, sigan y velen por la correcta ejecución de la prestación contratada.



Instituto Andaluz de Administración Pública  
**CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

formación



#### **4. El perfil del contratante.**

El artículo 42 regula el Perfil del contratante, que ya figura en la Directiva 2004/18/CE.

Puede decirse que es una página de información electrónica para su difusión en INTERNET que ha de contener datos de la actividad contractual del correspondiente órgano de contratación (anuncios previos y de licitaciones, documentación contractual, contrataciones programadas o contratadas, adjudicaciones provisionales, etc...), cuya forma de acceso ha de especificarse en las páginas WEB institucionales, en LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación. En todo caso, ha de publicarse en el perfil del contratante la adjudicación provisional de los contratos.

El artículo 42 debe completarse con el artículo 309 (PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO) que obliga a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a través de su órganos de apoyo técnico, a poner a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de INTERNET a las convocatorias de las licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante y relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de esos datos.

Ha de tenerse en cuenta que los anuncios de licitación han de publicarse en dicho perfil del contratante (artículo 126.3), así como las adjudicaciones definitivas (artículo 138). En particular, en el nuevo procedimiento negociado por razón de la cuantía prevista en el artículo 161.2, la publicidad de los anuncios de licitación hecha en el perfil puede sustituir a la que deba efectuarse en el BOE o en los Diarios Oficiales Autonómicos o Provinciales.



En esta material ha de destacarse la contradicción existente entre el artículo 42.2, último inciso, y el artículo 135.2 ambos de la LCSP. El artículo 42.2 impone que “en todo caso deberá publicarse en el perfil del contratante la adjudicación provisional de los contratos”, mientras que el artículo 135.3 dispone que la adjudicación provisional de los contratos “deberá publicarse en un Diario Oficial o en el perfil del órgano de contratación” es decir, la publicidad en éste último no es necesaria si se opta por efectuarla en un Diario Oficial.

Tampoco queda claro si la publicidad de la adjudicación provisional en el perfil es también necesaria en el caso de los contratos menores (menos de 50.000 euros en obras ó menos de 18.000 en los demás. Artículo 122.3), ya que si el artículo 138 solo impone la publicidad de la adjudicación definitiva en el perfil en los contratos de cuantía superior a la indicada, no parece que sea preceptiva la publicidad de la adjudicación provisional en los contratos menores.

## 5. **El empresario contratista.**

La LCSP dedica el Capítulo II del Título II de su Libro I a la regulación de la capacidad y solvencia del empresario.

Pueden ser empresarios contratistas las personas físicas, las jurídicas y las uniones de empresarios.

### **5.1. Aptitud del contratista**

La LCSP engloba en el término “aptitud” el conjunto de cualidades que han de concurrir en los empresarios para poder contratar con el Sector Público.



Las cualidades que integran la aptitud son las siguientes: ausencia de condiciones de incompatibilidad (artículo 45), capacidad de obrar, ausencia de la concurrencia de prohibiciones de contratar y reunir las condiciones de solvencia económica y financiera y técnica o profesional exigidas o, en su caso, estar debidamente clasificada.

## **5.2. Ausencia de condiciones de incompatibilidad.**

El artículo 45 de la LCSP denomina condiciones de compatibilidad a la ausencia de las prohibiciones específicas actualmente previstas en los artículos 53.2 y 197.2 de la LCAP.

La novedad esencial radica en la condición de compatibilidad relativa a que no pueden ser adjudicatarios de los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones las empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni las vinculadas a éstas, que en la actualidad admite excepción en casos justificados, lo que el nuevo texto legal no admite.

## **5.3. Capacidad de obrar y habilitación empresarial o profesional.**

1º. Novedades generales.

Sobre estas materias, las únicas novedades de la LCSP consisten en la concreción generalizada de que las personas jurídicas sólo pueden ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que les sean propios según sus Estatutos o reglas fundacionales (artículo 46), y en la exigencia de contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de actividad o prestación constitutiva del objeto del contrato (artículo 43.2).



La Comisión Europea ha objetado a la primera exigencia expuesta que puede infringir la norma comunitaria que permite a los empresarios concurrir a las licitaciones aunque los medios que vayan a emplear en la ejecución del contrato pertenezcan a un tercero, es decir, se sirva de la solvencia de terceros.

## 2º. Uniones de empresarios.

La LCSP reproduce (artículo 48) sobre esta materia el texto actual. Por tal causa, no se despejan ciertas dudas interpretativas, actualmente existentes, que son:

2.1 La denominación "Uniones de empresarios" no implica necesariamente que se constituyan para un solo contrato. La Directiva 2.004/18/CE se refiere a agrupaciones de empresarios que se constituyan para concurrir a licitaciones y obtener la adjudicación de contratos, en plural, por lo que no hay razón para impedir que las uniones se constituyan para una pluralidad de contratos.

2.2. No resuelve la cuestión de la admisibilidad o no de la sucesión de empresarios miembros de la unión de empresarios antes de la adjudicación del contrato y durante la licitación.

2.3. Tampoco resuelve la cuestión de si la unión de empresarios ha de durar necesariamente lo mismo que el contrato o si por el contrario ha de durar como mínimo lo mismo que el contrato, pudiendo existir posteriormente.

En realidad, la determinación de que la duración de la unión coincida con la del contrato hasta su extinción se introdujo en la reforma de la LCAP de 1999 para resolver la contradicción derivada de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades



desarrollo industrial regional, que imponía, a los solos efectos fiscales, a las UTES una duración a diez años con una prórroga de un año.

2.4. Tampoco resuelve el problema de la forma que se efectuará la acumulación de las características de las empresas agrupadas expresadas en sus respectivas clasificaciones, en el caso, de que concurran en la unión una empresa comunitaria no española que no esté clasificada al no ser obligatorio para ellas.

#### **5.4. Ausencia de prohibiciones de contratar.**

Las novedades más destacables son las siguientes:

##### **A. Novedades en su tipificación (artículo 49.1).**

- 1º. La prohibición por condena por sentencia firme por determinados delitos se extiende a los delitos relativos al medio ambiente y a los casos de imposición de pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio por cualquier delito.
- 2º. La prohibición de sanción con carácter firme en determinadas materias por infracción muy grave se extiende a la materia medioambiental.
- 3º. Es parcialmente novedosa la prohibición prevista en el artículo 49.1.e) que dice: **“haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 130.1.c) o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 59.4 y en el artículo 305”.**



La declaración del artículo 130.1.c) es la declaración de ausencia de prohibiciones de contratar.

La información que se ha de comunicar al amparo del artículo 59.4 es la relativa a cualquier variación en las circunstancias que se hubiesen tenido en cuenta para conceder la clasificación que pueda dar lugar a su revisión, y la del artículo 305 se refiere a las variaciones de datos inscritos en los REGISTROS DE LICITADORES Y EMPRESAS CLASIFICADAS.

La primera particularidad de esa prohibición es que la norma sólo exige la omisión de la declaración por causa imputable al empresario, pero no concreta un grado de dolo, culpa o negligencia.

La segunda particularidad es que tampoco concreta si el efecto prohibitivo en el caso de omisión de comunicación de variación de circunstancias que puedan dar lugar a la revisión de la clasificación se produce en los casos en que la variación es tanto a mejor como a peor para el empresario o sólo cuando es a peor.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el efecto prohibitivo se produce en relación a los datos inscritos en los Registros citados, que sólo son el del Estado y los creados por las Comunidades Autónomas, pero no los registros de licitadores que creen voluntariamente las Entidades Locales, posibilidad que no a la alude para nada la nueva Ley.

- 4º. Las prohibiciones del citado artículo 49.1 son de aplicación a la contratación con todo el sector público.



B. Novedades en la tipificación de prohibiciones de contratar con las Administraciones Públicas (artículo 49.2).

El artículo 49.2 relaciona una serie de prohibiciones que sólo son aplicables a la contratación con las Administraciones Públicas.

Son novedosas las siguientes:

- 1º. Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación o haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.4, dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

La razón de ser de esta prohibición consiste en que la exigencia de garantía provisional pasa a ser facultativa y, además, porque es equiparable a la retirada de la oferta o candidatura el que el adjudicatario provisional imposibilite la elevación de la adjudicación provisional a definitiva por el hecho de no cumplir con lo exigido en el artículo 135.4, siempre que le sea imputable. El problema es que esta imputabilidad no se vincula a un grado de dolo, culpa o negligencia.

- 2º. Haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas en el artículo 102 cuando ese incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de la propia ley, y concurra dolo, culpa o negligencia.



El contenido de este precepto viene determinado por el artículo 102 de la propia Ley, que permite configurar ciertas condiciones especiales de ejecución, siempre que se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, y que pueden referirse a diferentes aspectos, en particular, a condiciones de tipo medio ambiental o de tipo social (fomento del empleo, eliminación de desigualdades entre el hombre y la mujer, etc...).

El incumplimiento de esas condiciones se puede configurar como causa de resolución del contrato y, de no haberlo hecho así, podrá ser considerado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave.

Las deficiencias del precepto son dos: La primera es que la tipificación de ese incumplimiento como infracción grave pueda hacerse indistintamente en el pliego o en el contrato, supuesto éste último que no parece admisible, ya que los licitadores no conocerían su existencia al tiempo de ofertar. La segunda es que el precepto no establece un grado de dolo, culpa o negligencia para que se produzca un efecto de la gravedad de una prohibición.

En cualquier caso, la efectividad de esta prohibición depende de un ulterior desarrollo reglamentario al que se remiten los artículos 49.2.e) y 102.2.

### C. Competencia para declarar la prohibición en las nuevas prohibiciones.

1º. La prevista en el artículo 42.1.e) corresponde a la Administración o entidad a la que se deba comunicar la correspondiente información.

2º. Las previstas en las letras d) y e) del artículo 49.2, a la Administración contratante.



Las demás prohibiciones no presentan novedades en cuanto la competencia para su declaración.

D. Novedades sobre duración de algunas prohibiciones y plazo de prescripción para su declaración.

1º. La nueva prohibición prevista en el artículo 49.2.d), durará dos años desde la inscripción en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas (artículo 50.2), es decir, su duración es fija: 2 años.

2º. La de la letra e) del artículo 49.2 (incumplimiento de condiciones especiales de ejecución) no excederá de un año de duración.

Además el artículo 50.2 establece como novedad un plazo de prescripción para la declaración de la prohibición de contratar cuando ésta sea necesaria. El procedimiento de declaración no podrá iniciarse cuando hayan transcurrido tres años a contar desde las siguientes fechas:

- Desde la firmeza de la Resolución sancionadora, en el caso de la causa prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo 49.
- Desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquélla en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información, en los casos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo 49.
- Desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato, en el caso previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo 49
- Desde la fecha de formalización del contrato en el caso de la letra b) del apartado 2 del artículo 49.



- En los casos de la letra d) del apartado 2 del artículo 49, desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación provisional del contrato si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación definitiva si la prohibición se fundamente en el cumplimiento de lo establecido en el artículo 135.4.
- En el caso de la letra a) del apartado 1 el artículo 49, el procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena y en el caso de la letra e) del apartado 2 del mismo precepto, si hubiese transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento.

#### E. Condición de eficacia de ciertas prohibiciones.

El artículo 50.4 impone como condición de la eficacia de las prohibiciones de contratar establecidas en la letra c) y e) del apartado 1 del artículo 49, así como las establecidas en su apartado 2, su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda. La eficacia de la resolución que determine el alcance y duración de la prohibición de contratar derivada de la condena por sentencia firme por determinados delitos también está condicionada a su inscripción.

#### F. Insuficiencias u omisiones en materia de prohibiciones en la nueva Ley.

Se observan las siguientes omisiones o insuficiencias:

1. La comunicación o extensión de la prohibición prevista en el artículo 49.1.a) (condena por sentencia firme) a las personas jurídicas que prevé el último inciso de dicha letra a), que se limita a que el administrador o representante condenado sigan en el cargo, está planteando problemas interpretativos. En concreto, la frase "vigente el cargo o



representación”, que fue introducida en la LCAP por la Ley 9/1996, de 15 de enero, pretendió limitar esa comunicación a que el administrador o representante continuará en el cargo después de la condena. No obstante, dos recientes sentencias del Tribunal Supremo han interpretado esa frase en el sentido de que la comunicación de la prohibición se produce siempre que la condena del cargo se produzca por actuaciones del mismo en el ejercicio de su función mientras que esté vigente, aunque posteriormente cese.

2. Sigue siendo insuficiente la prohibición por incompatibilidad de los cargos electos de las Corporaciones Locales.
3. La prohibición por condena por sentencia firme, cuando ésta no se pronuncie sobre la prohibición y su duración, se aprecia directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deberán ser objeto del correspondiente procedimiento de declaración.

La primera cuestión que se plantea es determinar si son cosas distintas “alcance” y “duración”, ya que dicha prohibición se extiende a todo el sector público. La segunda cuestión consiste en determinar si surte efecto antes del inicio y conclusión del procedimiento para la declaración de su duración o sólo una vez firme e inscrita la resolución respectiva.

El artículo 50.4 vincula la eficacia de esta resolución a su inscripción en el correspondiente Registro; sin embargo, lo cierto es que actualmente, con una regulación semejante, salvo en lo relativo a dicha inscripción, se viene apreciando directamente aunque no se haya declarado su duración, o antes de esta resolución y durante el tiempo de su duración posteriormente declarada.



G. Otra novedad es la supresión como prohibición de contratar de la relativa a no estar debidamente clasificada la empresa o no acreditar la suficiente solvencia.

La razón de esa supresión es que deben funcionar tales requisitos como condición de aptitud o solvencia, y cuya falta o no de acreditación impide contratar con el sector público, pero no debe funcionar como prohibición.

También es novedosa la supresión de la suspensión de clasificaciones.

H. Régimen de prohibiciones en caso especiales.

1º. Los cesionarios y subcontratistas de contratos administrativos no pueden, para serlo, estar incurso en ninguna prohibición de contratar (209 y 210).

2º. En la subcontratación de prestaciones derivadas de contratos celebrados por EE.PP.EE, los subcontratistas no pueden estar incurso en ninguna de las prohibiciones del artículo 49.1. Por tanto, no le son aplicables las del artículo 49.2 (Disposición Adicional 28ª).

3º. En los contratos subvencionados del artículo 17 el contratista no puede estar incurso en la prohibición del artículo 49.1.a).

### **5.5. Solvencia.**

El examen de las novedades sobre el requisito de solvencia exige distinguir entre los aspectos generales y la clasificación:

A. Aspectos generales:



## 1. Concreción de la solvencia mínima exigible.

Se concreta que la solvencia que ha de exigirse para cada contrato tiene carácter de mínima, es decir, la que por lo menos debe ostentar cada licitador o candidato para ser admitido en el procedimiento (artículo 51.2).

Además, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos se han de indicar en el anuncio de licitación y especificarse en el pliego de cláusulas.

Se especifica que los requisitos de solvencia habrán de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Es decir, no cabe exigir más de lo que precisa la correcta ejecución del contrato ni menos, porque en el primer caso, se reduciría la concurrencia y en el segundo, se podría perjudicar el interés público.

El precepto, en definitiva, exige que se concreten las capacidades específicas que se consideren necesarias para poder ejecutar el contrato, económica, financiera y técnicamente. Con ello se podrá resolver una mala práctica administrativa habitual que consiste en que en los pliegos no se concreta la específica solvencia requerida para ser admitido en la licitación y, además, se señalan como medios de acreditación todos y cada uno de los establecidos genéricamente por el ordenamiento jurídico para acreditar cada tipo de solvencia en cada contrato típico, estén o no vinculados con la concreta solvencia requerida.

En los pliegos hay que especificar la concreta solvencia que se considera necesaria poseer para poder ejecutar el contrato y en función de ella se han de seleccionar y



concretar los medios para su acreditación adecuados entre los legalmente establecidos.

## 2. Integración de la solvencia con medios externos.

El artículo 52 de la nueva Ley establece la posibilidad de que, para un contrato determinado, el empresario pueda acreditar la solvencia necesaria, basándose en la solvencia y medios de otras entidades con independencia de los vínculos que tenga con ellas siempre que demuestren que la ejecución del contrato dispone efectivamente de esos medios.

Ese texto procede de los artículos 47.2 (solvencia económica y financiera) y 48.3 (capacidad técnica y profesional) de la Directiva 2004/18. La LCSP omite, no obstante, que la Directiva pone como ejemplo de prueba de esa disposición de medios ajenos, la presentación del compromiso de las entidades titulares de tales medios.

## 3. Compromiso de dedicación o adscripción a la ejecución del contrato de los medios materiales y personales suficientes para ello.

El artículo 53 recoge modificado el contenido actual del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativo a esta materia.

La modificación consiste en que dicho compromiso ya no se exige a los efectos de selección. No obstante, sí es novedoso el que esos compromisos se pueden configurar como obligaciones esenciales a los efectos de la resolución del contrato o de imposición de penalidades.



Obviamente, la no formulación de dicho compromiso exigido en los pliegos será causa de exclusión de licitación.

A este respecto, la memoria justificativa que acompañaba al Anteproyecto de Ley, dice que: "además de la clasificación, podrá exigirse una acreditación adicional de la solvencia. El hecho de que la empresa esté clasificada permite establecer un filtro previo para el análisis de la solvencia, pero puede no ser siempre suficiente. El sistema de clasificación no debe impedir que el órgano de contratación exija a la empresa, como criterio de solvencia y para tener conocimiento y seguridad de que dispone de ellos, que acredite los medios (financieros y técnicos) y la experiencia necesaria para ejecutar la obra, dato que se ignora en el certificado de clasificación que es consecuencia de un acuerdo adoptado por quién la otorga, pero que no informa de los medios que le expuso y de su existencia al momento de la licitación. Por ello se considera que debe permitirse al órgano de contratación decidir si le basta la clasificación o si además considera conveniente exigirle la acreditación de los medios que considera necesarios para ejecutar el contrato".

El precepto del Anteproyecto, que es el mismo que el del Texto promulgado, artículo 53.2, no establece lo que dice la citada Memoria, sino que, por el contrario, exige un compromiso de adscripción de medios suficientes para la ejecución del contrato, lo que no es lo mismo que la acreditación de una solvencia adicional a la expresada en la clasificación. No obstante, el párrafo citado de la indicada Memoria sirve para interpretar el artículo 53.2 y los preceptos relativos a la clasificación en el sentido de que a través de los pliegos se puede exigir la acreditación de una solvencia adicional a la expresada en la clasificación.

## B. Clasificación.



Los aspectos novedosos más destacables sobre clasificación (artículos 54 ó 60) son los siguientes:

1º. Se exige en los contratos de obra de importe igual o superior a 350.000 euros, y en los de servicios de presupuesto igual o superior a 120.000 euros, excepto los comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II (artículo 54.1).

Por tanto, se eleva la cuantía de los contratos de obras en que es exigible y se excluyen de su exigencia los contratos de servicios de investigación y desarrollo (categoría 8), todos los de esparcimiento, culturales, deportivos (categoría 26) y los de la categoría 27 (otros servicios, además de mantener las exclusiones actualmente existentes.

No obstante, esta norma no entrará en vigor hasta que se dicte la oportuna norma reglamentaria (Disposición Transitoria 5ª).

2º. Se incorpora al texto legal (artículo 54.1) lo actualmente previsto en el artículo 36.3 y, por remisión, en el artículo 46, ambos del Reglamento de la LCAP, sobre no exigencia parcial de clasificación en relación con aquella parte de la prestación que deba realizarse por terceras empresas especializadas, que se sustituye por el compromiso de subcontratarlas con otros empresarios que cuenten con la habilitación precisa o, en su caso, clasificación, siempre que el importe de la prestación a subcontratar no exceda del 50 por cien del precio del contrato.

3º. La exigencia de clasificación lo es para contratar con las Administraciones Públicas; no obstante, el resto de entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas podrán exigir una clasificación determinada para definir las condiciones de la solvencia requerida.



- 4º. Se mantiene el texto actual relativo al otorgamiento de exención singular de la exigencia de clasificación (artículo 55.2). Por ello, se mantiene la duda interpretativa sobre qué Administración es la competente para autorizar esa exención en el caso de contratos de la EE.LL. La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es que esa autorización compete al Consejo de Ministros, no a la Comunidad Autónoma en que radique la Entidad Local.
- 5º. La expresión de la categoría de los contratos a que alcanza la clasificación otorgada presenta la novedad de que ha de hacerse por referencia al valor integro del contrato si su duración es igual o inferior a un año, y por referencia a su valor medio anual si es de duración superior (artículo 56.1).



6º. A efectos de clasificación de personas jurídica pertenecientes a un grupo de sociedades y para valorar su solvencia, el artículo 56.3 permite que se tenga en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que la que vaya a ser clasificada acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos y durante toda la duración de la clasificación

Esta determinación procede del artículo 52.1 de la Directiva 2004/18. Pero omite lo previsto en el Considerando 45 de la misma que permite acreditar esa disponibilidad mediante, p.e., "*el compromiso, si es necesario solidario*" de la sociedad titular de los medios.

7º. La competencia para la clasificación por las Comunidades Autónomas y su eficacia se modifica.

Las Comunidades Autónomas podrán clasificar no solo a las empresas domiciliadas en su territorio, sino también a las demás; no obstante, se suprime la posibilidad de que, previo procedimiento, se atribuye eficacia general en todo el territorio español a la clasificación otorgada por una Comunidad Autónoma (artículo 52).

8º. La vigencia de las clasificaciones pasa a ser indefinida en tanto que se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión (artículo 59.1). No obstante, para su conservación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica o profesional (artículo 59.2).

De este extraño precepto parece resultar que, si bien la vigencia de la clasificación se declara indefinida, esta se extingue o se pierde cada año o cada tres años si no se



acredita el mantenimiento de las condiciones o circunstancias que dieron lugar a su concesión, todo ello mediante la aportación de la documentación actualizada en los términos que habrán de establecerse reglamentariamente.

9º. En relación con la eficacia de los certificados comunitarios de clasificación, el artículo 73 mantiene la regla actual procedente del Derecho Comunitario, relativo a la eficacia de los certificados de clasificación o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidos por los Estados miembros. No obstante, el apartado 2 de dicho precepto, después de ordenar que dichos documentos indicarán las referencias que hayan permitido la inscripción del empresario en la lista o la expedición de la certificación, así como la clasificación obtenida, dispone que esas menciones “deberán también incluirse en los certificados que expidan los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas a efectos de la contratación en el ámbito de la Unión Europea”. Se plantea, por tanto, la contradicción de que el artículo 73.1 alude a “listas oficiales (...) establecidas por los **Estados miembros**”, y luego su apartado 2 no se refiere sólo al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, sino a “los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas”, en plural. Parece, por tanto, que los certificados expedidos por los Registros de las Comunidades Autónomas surtirán efectos en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de que no son Registros establecidos por el Estado, y en contra con lo dispuesto en el artículo 72.1 que sólo atribuye plena eficacia frente a todos los órganos del sector público a la inscripción en el Registro del Estado.

Queda la duda de si los certificados expedidos por los Registros de las Comunidades Autónomas ciñen su eficacia a las presunciones del apartado 1 del artículo 73 en todo el territorio de la Unión Europea y en el resto del territorio español distinto de la



respectiva Comunidad Autónoma o sólo en el resto de la Unión Europea, excluida España.

10. La clasificación del empresario sirve también para acreditar su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo de aquellos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma (artículo 63.2), es decir, contratos no sujetos a exigencia de clasificación por su razón de su cuantía.

11. Finalmente, el artículo 130.1.b), prevé el supuesto de que una empresa se encuentre pendiente de clasificación durante un procedimiento de adjudicación, en cuyo caso, se dispone que deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de la Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación.

## **5.6. Acreditación de la aptitud para contratar.**

### A. Acreditación de la capacidad de obrar.

La única novedad en esta materia se contiene en el artículo 61.2 y se refiere a la acreditación de la capacidad de obrar de empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, que se efectuará por su inscripción en los correspondientes registros o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan Reglamentariamente.

### B. Acreditación de la Solvencia.



1º. Con carácter general se establece que la acreditación de la solvencia se efectuará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación (en los pliegos y en el anuncio) de entre los previstos en los artículos 64 a 68 (artículo 63.1). No obstante, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, las entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los citados preceptos (artículo 63.3).

2º. Solvencia económica y financiera (artículo 64).

Las novedades son:

- El informe de instituciones financieras se sustituye por "declaraciones apropiadas de entidades financieras".
- Los empresarios no obligados a presentar las cuentas anuales en Registros anuales pueden aportar, alternativamente, los libros de contabilidad debidamente legalizados.

3º. Solvencia técnica en contratos de obra (artículo 65).

Las novedades son:

- Los certificados de buena ejecución de las obras ejecutadas han de indicar el importe, las fechas y el lugar de ejecución y en ellos se precisará si se realizaron según las reglas por la que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término. En su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación.



- La acreditación de la solvencia técnica por medio de declaración indicativa de los técnicos o unidades técnicas de que se disponga, de la plantilla media anual y de la maquinaria, material y equipo técnico, han de acompañarse de los documentos o de la documentación acreditativa o justificativa correspondiente.
- En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

#### 4º. Solvencia técnica en los contratos de suministro (artículo 66).

La única novedad se refiere a la acreditación de los principales suministros efectuados, que se realizará mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, si el destinatario es una entidad del sector público, o si el destinatario es un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de ese certificado, mediante una declaración del empresario.

Además, la relación de los suministros efectuados ha de indicar importe, fechas y destinatario público o privado.

#### 5º. Solvencia técnica en contratos de servicio.

Además de que la acreditación de la solvencia por medio de una relación indicativa de los principales servicios y de los trabajos realizados con indicación de datos y acompañamiento de certificados es semejante a la indicada para el contrato de suministro, las únicas novedades son: en los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato, e indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.



6º. Solvencia técnica en otros contratos (artículo 68).

Se emplearán los medios de acreditación previstos para el contrato de servicios.

7º. Finalmente, los artículos 69 y 70 establecen los medios de acreditación del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental cuando se exija en contratos sujetos a regulación armonizada.

6. **Certificaciones de registros oficiales de licitadores y empresas clasificadas (artículo 72).**

La inscripción de los datos a que se refiere el artículo 301 y siguientes de la propia Ley en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos del sector público, a tenor en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional y empresarial, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.

La inscripción en el Registro Oficial respectivo de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial y con los restantes entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras.

La prueba del contenido de dichos registros se efectuará mediante certificación del órgano encargado del mismo, que podrá expedirse por medios electrónicos, informáticos, o telemáticos.



El régimen de dichos registros, su contenido, la voluntariedad o no de la inscripción de los datos, el régimen de responsabilidad del empresario en relación con la actualización de la información registral, la publicidad de su contenido y la colaboración entre registros se regulan en los artículos 301 a 307 de la Ley.

### **TERCER GUIÓN. NOVEDADES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.**

El apartado IV de la Exposición de Motivos de la LCSP indica, tomando como referencia los principios que han guiado la elaboración de la Ley, las principales novedades que presenta su contenido en relación con su inmediato antecedente, la LCAP, y los ámbitos a los que afecta. Enumera cinco y ninguno de ellos se refiere al ámbito de la ejecución de los contratos. En particular, la finalidad de "simplificación y racionalización de la gestión contractual" se limita a una revisión general de dicha gestión sin que apenas afecte a la fase de ejecución de contratos perfeccionados, que ni siquiera es citada en el número 4 de dicho apartado IV. Solo la referencia a la nueva figura del "responsable del contrato" tiene relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. No obstante, la LCSP sí efectúa algunas modificaciones en materia de ejecución contractual en relación con la normativa actual o en relación con el régimen jurídico de los contratos celebrados por ciertas entidades, entes u organismos del sector público que afecta a esa materia, e introduce algunas novedades, aunque también incurre en ciertas contradicciones y redacciones dudosas.

Las novedades sobre ejecución del contrato son escasas. A continuación, expondremos las más destacables.



1. Régimen jurídico de la ejecución de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas o por entidades, entes u organismos que no sean ni Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores.

No se pretende aquí analizar ese régimen jurídico general de los contratos que celebren las entidades mencionadas, sino simplemente señalar que la LCSP califica esos contratos, aunque sean contratos sujetos a regulación armonizada o simplemente contratos típicos de obras, suministro, servicios, etc.. como, contratos privados(artículo 20).

2. La consecuencia de lo anterior, en relación con la delimitación que del sector público efectúa el artículo 3, es que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 1.3 de la LCAP, que actualmente son administrativos salvo norma especial en contrario, pasan a ser contratos privados. En particular, los típicos o administrativos especiales celebrados por entidades públicas empresariales que reúnan los requisitos del artículo 1.3 de la LCAP, pasarán a ser siempre privados, ya que, según el artículo 3 de la LCSP, las entidades públicas empresariales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales no tendrán en ningún caso la consideración de Administraciones Públicas.

Vinculada a la anterior, otra consecuencia es que la entidad pública contratante nunca ostentará prerrogativas administrativas durante y en la ejecución del contrato.

3. La aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.



La disposición transitoria séptima de la LCSP establece un nuevo régimen de aplicación de la LCAP hasta que entre en vigor aquélla

Un problema que plantea esa norma afecta a la naturaleza de los contratos que celebren en ese período transitorio los Organismos Autónomos y con ello, a la determinación del régimen de su ejecución.

El apartado 1, letra b), de dicha transitoria séptima establece un nuevo régimen de aplicación de la LCAP a los organismos, entes, etc... que sean poderes adjudicadores según el artículo 3.3 de la LCSP y no sean Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la LCAP, distinguiendo entre contratos de obras, suministro y consultoría y asistencia y servicios que superen ciertas cuantías y los restantes contratos. Ese régimen es en esencia el mismo que establecen el artículo 2.1 y la Disposición adicional sexta de la LCAP, que, en definitiva, regulan el régimen de los contratos que celebren ciertos entes o entidades, pero que son privados.

La cuestión es que los Organismos Autónomos son poderes adjudicadores con arreglo al artículo 3.3 de la LCSP, pero, por su parte, el artículo 1 de la LCAP solo declara que son Administraciones Públicas a los efectos de la misma, las Administraciones territoriales. De los organismos autónomos no dice que sean Administraciones Públicas, sino, simplemente, que deberán ajustar su actividad contractual a la LCAP. Por tanto, si los organismos autónomos no son a los efectos de la LCAP Administraciones Públicas y la LCSP los somete al régimen contractual previsto, según tipo de contratos, en el artículo 2.1 y la Disposición adicional sexta de la LCAP, resultará que los contratos que celebren los OOAA durante el citado período transitorio tendrán naturaleza privada, por lo que a efectos de ejecución les será aplicable lo expuesto en el número 1 anterior de esta ponencia sobre normativa que regirá la ejecución del contrato e inexistencia de prerrogativas.



Otra cuestión que se plantea en la aplicación de esta disposición transitoria séptima, pero para todos los órganos de contratación, es la aplicación a lo en ella previsto, de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera sobre expedientes iniciados y contratos adjudicados, en particular, la cuestión del régimen aplicable a los contratos adjudicados después de la vigencia de la transitoria séptima pero derivados de expedientes de contratación iniciados antes de dicha vigencia, cuestión esta última que se plantea también con carácter general cuando entre en vigor la LCSP.

#### 4. Necesidades a satisfacer e idoneidad del contrato

Todo contrato tiene por objeto satisfacer una determinada necesidad, que se realizará a través de la ejecución de aquél. El grado de satisfacción de la necesidad y la correcta ejecución del contrato van a depender de su adecuada definición y de la elección del contrato como instrumento de satisfacción de aquélla.

A ambas circunstancias se refiere la LCAP en los artículos 1 y 22. El primero impone como fin de la regulación de la contratación pública la necesidad de asegurar la eficiente utilización de los fondos públicos destinados a la realización de obras, la adquisición de suministros y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer. El segundo precepto impone, al mismo fin, la prohibición de celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines institucionales de la entidad contratante, y exige la determinación precisa y previa de la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer, así como que el contenido prestacional del contrato y su objeto son idóneos para dicho fin.

#### 5. Contratos mixtos.



La figura y régimen de los contratos mixtos presentan en la LCSP ciertas novedades de interés que inciden en la posibilidad de su celebración y en su ejecución.

La primera novedad se contiene en el artículo 12 de la LCAP. Consiste en que ya no se exige que las prestaciones que contengan correspondan a otro u otros contratos administrativos, pudiendo corresponder a contratos privados, como prevé el artículo 4.1, letra p) de la Ley.

La segunda novedad se contiene en el mismo precepto. Consiste en que ordena atenderse a las normas de la prestación económicamente más importante para llevar a cabo la **adjudicación** del contrato. Esto plantea un problema en relación a la exigencia o no de clasificación, o doble clasificación o exigencia de clasificación y solvencia adicional en el caso de contratos mixtos de obras y servicios o de uno de estos y cualquier otro contrato en el que no sea exigible clasificación.

El artículo 25.2 solo admite la fusión de prestaciones correspondientes a diferentes contratos cuando concurren las circunstancias que prevé. Por su parte, el artículo 99.2 impone que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se detalle el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, para lo que habrá de atenderse a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Con ello se da respuesta a la cuestión de si en la regulación de la ejecución del contrato mixto debería seguirse la teoría de la absorción, la de la combinación o la de la aplicación sucesiva de las normas que rigen los contratos cuyas prestaciones integran el contrato mixto.

## 6. Plazo de duración de los contratos.



La ejecución de los contratos está vinculada a su duración.

El artículo 23 de la LCSP establece algunas determinaciones sobre la duración de los contratos.

En primer lugar, dicho precepto ordena establecer el plazo de duración de los contratos teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

En segundo lugar, admite con carácter general que el contrato prevea una o varias prórrogas siempre que en su adjudicación se haya tenido en cuenta la duración máxima total del contrato, incluidas las prórrogas, lo que implica que a los efectos de publicidad y concurrencia, el valor estimado de un contrato que prevea prórrogas, debe determinarse aplicando el importe de estas. La cuestión que se plantea es que el precepto admite las prórrogas siempre que las características del contrato permanezcan inalterables, por lo que puede plantearse si la revisión de precios es una alteración de las características del contrato.

La principal particularidad sobre duración de los contratos es que el mencionado precepto declara la obligatoriedad de las prórrogas para el empresario contratista, lo que contradice su naturaleza, ya que las prórrogas no dejan de ser un supuesto novatorio del contrato que debe basarse en la voluntad de las partes. Por ello, más que de prórroga, se trataría de supuestos de contratos con duración variable. No obstante, la Ley prevé que el contrato establezca el carácter voluntario de la prórroga. Esta determinación requiere advertir que en caso de contratos administrativos debe ser en el pliego de cláusulas donde se fije el carácter voluntario u obligatorio de las prórrogas.



El carácter obligatorio de las prórrogas debe entenderse sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, como establece la frase inicial del artículo 23.1.

#### 7. Duración de los contratos de servicios.

La LCSP, en su artículo 279, introduce como novedad que el plazo de duración de los contratos de servicios puede ser de hasta cuatro años con posibilidad de prórrogas por dos más, con posibilidad de una duración máxima total de seis años. No obstante, se prevé que puede ser autorizada una duración superior, excepcionalmente, para contratos determinados o de forma genérica para ciertas categorías, por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente.

#### 8. Autoejecución de obras, suministros y servicios por medio de servicios propios o entes instrumentales personificados.

Esta materia se regula en el artículo 24 en relación con el artículo 4.n), ambos de la LCSP.

Lo que interesa aquí es reseñar que para que las entidades, entes u organismos del sector público puedan realizar los encargos que se les realice, es necesario que su condición de medio propio y servicio técnico se reconozca expresamente por las normas que las creen o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las que tienen esa condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicarse los contratos



El problema que se plantea es que no se ha previsto una norma transitoria para que las entidades que actualmente actúan como medio propio y servicio técnico, pero cuyas normas de creación o sus estatutos nada dicen al respecto, puedan seguir actuando como tales en tanto que se modifican sus normas de creación o sus estatutos para cumplir con las determinaciones del citado precepto. En caso contrario, vigente la Ley, puede considerarse que no podrán actuar como medio propio.

9. Precio: momento de estimación del precio de mercado; la cuestión del primer año de ejecución excluido de revisión; referencia a los precios provisionales y al precio alzado cerrado.

La LCSP, al igual que la LCAP, contiene una regla (artículo 75.1) sobre sujeción de los órganos de contratación a los precios habituales de mercado a la hora de fijar el presupuesto de licitación y como medio de asegurar el efectivo cumplimiento del contrato, todo ello mediante la exigencia a aquéllos de que el precio sea adecuado. No obstante, el citado precepto entra en contradicción con el artículo 76.2 de la misma Ley sobre la determinación del momento en que ha de hacerse esa estimación de los precios de mercado. El artículo 75.1 dispone que se ha de atender “al precio general de mercado, **en el momento de fijar el presupuesto de licitación**”, mientras que el artículo 76.2 ordena hacer la estimación del valor del contrato “teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, **y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación**”. Los momentos son diferentes y puede mediar, en algunos casos, un considerable período de tiempo entre uno y otro.

Por su parte, respecto a la revisión de precios, que se regula de forma semejante a la actual, salvo algunas particularidades importantes que luego citaremos, para los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y se remite a lo pactado por las partes en el caso de contratos celebrados por entes que no son AAPP (artículo



75.3), ha de destacarse el error en que incurre la LCSP en su artículo 77.1. Este precepto establece, al igual que ocurre actualmente, la exclusión de revisión del 20% inicial de ejecución del contrato y durante el primer año desde la adjudicación del contrato; no obstante, a continuación, el precepto excluye de revisión, no el primer año desde la adjudicación, sino **“el primer año de ejecución”**. Esta contradicción deberá, al menos, superarse a través de los pliegos de cláusulas.

Otras novedades en materia de revisión de precios son: la improcedencia de revisión de precios puede establecerse en los pliegos o pactarse en el contrato (artículo 77.1); su abono o descuento debe hacerse de oficio (artículo 82); las formulas que se establezcan solo ponderarán las variaciones de los precios de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del contrato (artículo 79.1), y, transcurrido un año desde la vigencia de la Ley sin que se haya procedido a la aprobación de nuevas fórmulas, se aplicarán las actualmente vigentes pero con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra.

La Ley permite que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, incluyan cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo determinarse con precisión los supuestos en que se producirán esas variaciones y las reglas para su determinación (artículo 75.4). Esta novedad exige concretar que en el caso de contratos de las Administraciones Públicas deberán preverse esos supuestos y reglas en los pliegos de cláusulas, no siendo admisible, en otro caso, que se incluyan en el contrato.

La LCSP permite que, excepcionalmente, puedan celebrarse contratos con precios provisionales simples que se den los requisitos que se prevén y se concreten los extremos que se establecen para determinar los precios definitivos a abonar que prevé el artículo 75.5 de la Ley.



Para el contrato de obras con precio alzado, la Ley permite que el sistema de retribución se configure como de precio cerrado, cuyo efecto es que el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación, y sin perjuicio de que se abonen las modificaciones debidas a otras causa (artículo 217).

#### 10. Garantía definitiva e incautación en caso de resolución del contrato por causa imputable al contratista.

La garantía definitiva se habrá de constituir, por regla general, por una cuantía del 5% del importe de adjudicación, IVA excluido. En su caso, puede exigirse en el pliego, una garantía complementaria, de hasta un 5% del importe de adjudicación del contrato. La cuestión que se plantea es que la Ley nada dice respecto a la garantía complementaria si el importe de adjudicación sobre el que ha de aplicarse el porcentaje incluye o no el IVA. Parece que no, ya que el artículo 83.2 impone como límite de la garantía total, ordinaria más complementaria, el 10% del precio de adjudicación y éste parece que no incluye el IVA, ya que este tributo debe indicarse en todo caso como partida independiente del precio (artículo 75.2).

La novedad fundamental sobre la garantía definitiva es que el artículo 210, relativo a los efectos generales de la resolución de un contrato administrativo, ya no establece la incautación preceptiva de la garantía en caso de resolución por incumplimiento imputable al contratista (artículo 113.4 de la LCAP). Sí se prevé la incautación en el caso de resolución del contrato de concesión de obra pública por la citada causa (artículo 247.4), pero no, en los demás contratos. Puesto que, al igual que establece la LCAP, se prevé que la garantía está afecta a la incautación que puede decretarse



en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en la Ley esté establecido (artículo 88 de la LCSP), parece que lo más adecuado y acertado es que sea el pliego de cláusulas el que establezca esa incautación preceptiva en el caso de resolución por la causa indicada.

#### 11. Devolución de la garantía en caso de falta de recepción y liquidación del contrato.

La LCSP mantiene la regla actual de devolución de la garantía en el caso de que, cumplido el contrato, la Administración no hubiese procedido a la recepción y liquidación por causas no imputables al contratista después de transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato artículo 89.5), y también añade un nuevo supuesto que consiste en reducir ese plazo de un año a seis meses en los contratos de obras de importe inferior a 1 millón de euros o a 100.000 en los demás contratos. Esta regla entra en clara contradicción respecto del contrato de obras, ya que el artículo 218.3 impone, salvo casos especiales, que el plazo de garantía no puede ser inferior a un año, por lo que no parece congruente que se reduzca a seis meses el plazo para proceder a la devolución de la fianza por retraso en la recepción y liquidación del contrato.

Otra novedad que se establece sobre la garantía es la prevista en el artículo 90.2 que dispone que la devolución de la garantía deberá acordarse y ser notificado el acuerdo en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. En otro caso, la Administración deberá abonar la cantidad adeudada más el interés legal correspondiente si la devolución no se hubiese hecho efectiva por causa imputable a aquélla. Lo curioso es que el precepto se refiere a **“la cantidad adeudada”**, lo que solo existe en el caso de garantía en metálico, pero no, en los demás casos, motivo por el que es más que dudoso que pueda afirmarse que en las garantía mediante aval, etc. que la Administración tenga que abonar el interés legal de una cantidad que



no adeuda. En su caso, lo que habría de abonar es el mayor coste que el aval o el seguro de caución ha supuesto para el contratista.

## 12. Condiciones especiales de ejecución. Penalidades, resolución y prohibición de contratar.

El artículo 102 prevé que se puedan establecer condiciones especiales de ejecución referidas a determinados tipos de consideraciones. Los pliegos pueden prever penalidades para el caso de incumplimiento de esas condiciones, configurarlas como obligaciones contractuales esenciales a efectos de resolución o, en caso contrario, ser considerado como infracción grave a los efectos de declaración de prohibición de contratar.

Lo llamativo del precepto es que, refiriéndose a contratos de las Administraciones Públicas, alude alternativamente a los pliegos y al contrato para prever esas condiciones, las penalidades, su configuración como obligaciones esenciales o calificarlas como infracción grave, cuando lo correcto es que se prevean en los pliegos y sean conocidas por los licitadores desde un principio.

## 13. Obras de abono total.

Esta modalidad de contrato de obras se ha incorporado a la LCSP, que deroga la norma especial que la regulaba. Esta prevé el pago total a la terminación del contrato y su posible aplazamiento. La cuestión que ahora se plantea es que el artículo 111 de la LCSP al definirla, alude a un único abono en el momento de la terminación de la obra, pero no a su posible aplazamiento, que, no obstante, parece ser admitido ya que el precepto impone que en las ofertas deberán indicarse las condiciones de



financiación y, en su caso, refinanciación, lo que parece aludir a un posible aplazamiento.

#### 14. Existencia de pliegos en los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas (artículo 121).

El citado precepto regula en su apartado 1 la obligación de elaboración de pliegos de prescripciones técnicas por entidades que sean poderes adjudicadores pero no AAPP, en la preparación de contratos sujetos a regulación armonizada y otros. Su apartado 2 prevé la elaboración por esos mismos entes de pliegos de cláusulas en contratos distintos a los anteriores de cuantía superior a 50.000 euros. La cuestión, por tanto, es si en aquellos primeros contratos no se han de elaborar pliegos de cláusulas. Es evidente que el texto legal ha incurrido en una omisión que debe resolverse según los criterios generales de la Ley, que llevan a la necesidad de elaborar pliegos de cláusulas en aquéllos contratos.

#### 15. Ejecución defectuosa y penalidades.

El artículo 196.de la LCSP prevé que, además de penalidades por demora, se establezcan penalidades por cumplimiento defectuoso de la prestación. El límite de estas penalidades es el 10% del presupuesto. El precepto, no obstante, presenta dos deficiencias. La primera es que ese 10% se fija sobre el presupuesto, cuando debería fijarse sobre el precio del contrato. La segunda es que permite indebidamente que esas penalidades se prevean en el contrato, cuando deben figurar previamente en los pliegos y ser conocidas por los licitadores.



## 16. Pago del precio e intereses de la Ley de Morosidad en el Pago de las Transacciones Comerciales.

Los artículos 200 y 205, entre otros, aluden al abono de los intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El texto legal repite la redacción contenida en la LCAP y, por tanto, no resuelve el problema interpretativo que se viene planteando actualmente, que consiste en determinar si, como dicha Ley permite pactar otros intereses moratorios siempre que se respeten las condiciones legales, aplicándose los legales a falta de pacto, puede la Administración en los pliegos, imponer el pacto de unos intereses distintos. Nuestra opinión es que no, ya que el tipo de interés indemnizatorio y los plazos de pago se establecen en la legislación de contratos públicos precisamente con carácter preceptivo, como derecho de los contratistas, para evitar que la Administración pueda imponer unos distintos.

## 17. Modificación de los contratos.

La prerrogativa de modificación de los contratos ha sido limitada en la LCSP ante las observaciones formuladas por la Comisión europea al anteproyecto de ley. La limitación consiste (artículo 202) en que las modificaciones han de deberse a causas imprevistas, pero no, a necesidades nuevas. Lo curioso del texto legal es que el artículo 216.2, al explicar el sistema de retribución a tanto alzado configurado como de precio cerrado, alude al derecho del contratista a ser compensado por las **“modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el artículo 217 con el fin de atender nuevas necesidades...”**, causa de las modificaciones que el citado artículo 217 ha suprimido. Así mismo, llama la atención el hecho de que, a pesar de a la supresión de esa causa de las modificaciones contractuales, se mantenga como causa de resolución del contrato la alteración



sustancial, entre otras, consistente en la modificación de los fines y características básicas del proyecto.

#### 18. Subcontratación (artículo 210).

La regulación de la subcontratación presenta algunas novedades en la LCSP. De estas nos interesa aquí destacar solo algunas de ellas.

La primera es que la infracción de las condiciones que el precepto establece para proceder a la subcontratación podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición de una penalidad de hasta el 50% del presupuesto del contrato.

La segunda es que, en los anuncios o en los pliegos, podrá imponerse al contratista la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de hasta un 30% del presupuesto del contrato, obligaciones que se considerarán condiciones especiales de ejecución a efectos de penalidades o resolución del contrato.

La tercera es que el artículo 211 permite que el contratista pueda pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los que establece el precepto siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios que establece el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (citada).



19. Plazo de expedición de la certificación final en el contrato de obras.

El artículo 218.1 amplía a tres meses desde la recepción de las obras el plazo para la aprobación de la certificación final.

20. Resolución del contrato de servicios y cuantía indemnizatoria.

El artículo 285 de la LCSP sigue manteniendo los porcentajes indemnizatorios del 5 y 10 % en los casos de suspensión temporal y definitiva o desistimiento frente a los porcentajes del 3 y 6 que, respectivamente, se establecen para las mismas causas de resolución de los contratos de obras y de suministros. Aquellos porcentajes más elevados se establecieron pensando compensar un mayor valor añadido en los contratos de consultoría y asistencia; sin embargo, no había razón para generalizarlos a los contratos de servicios. La LCSP debería haber limitado la aplicación de esos mayores porcentajes a los contratos de servicios que se correspondan con los que hoy todavía son contratos de consultoría y asistencia.

21. La cuestión del régimen de los contratos adjudicados después de la entrada en vigor de la Ley, pero derivados de expedientes iniciados antes.

La Disposición transitoria primera, al igual que la de la LCAP, regula el régimen transitorio de los expedientes iniciados antes de la vigencia de la nueva Ley y el de los contratos adjudicados después; no obstante, nada dice sobre los contratos a que se refiere el título de este apartado. En definitiva, si el expediente tramitado se ajusta a la normativa anterior y no se requiere que se adapte a la nueva Ley, es evidente que el contrato adjudicado con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley habrá de someterse a lo previsto en los pliegos que rigen su ejecución, que habrán sido elaborados y aprobados con sujeción a la legislación anterior.



## 22. Régimen del silencio administrativo.

La Disposición final octava, 2, establece la regla general de desestimación por silencio administrativo de todos los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo