

28. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. INFORMES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Observaciones al anteproyecto de ley de reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Necesidad y oportunidad de la norma. Estructura y contenido. Observaciones de carácter general. Observaciones al articulado: artículos 4, 5, 9, 12, 14, 25, 36, 104.2, 122 y 125, 141 y 146, y 197*.

1. Se ha recibido en esta Dirección del Servicio Jurídico del Estado, remitido por V.I., el anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, que será sometido a deliberación en la próxima Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios de 22 de junio de 1998, con el ruego de que se remitan las observaciones que se consideren procedentes.

El anteproyecto fue objeto de un primer examen global por este Centro directivo en anterior informe de fecha 9 de junio, sin perjuicio del análisis jurídico más detallado y profundo que la amplitud de la reforma y la propia trascendencia de la Ley reformada merecen. Desde esta perspectiva más amplia, pueden efectuarse las siguientes

OBSERVACIONES

I. NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA NORMA

Como se puso de relieve en el anterior informe, y según se desprende de la Memoria y de la Exposición de Motivos, el anteproyecto da cumplimiento a las prevenciones que, en relación con la modificación del sistema de contratación de las Administraciones Públicas diseñado por la Ley 13/1995, se derivan del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de junio de 1997, de la disposición transitoria decimoctava de la Ley 66/1997, y de la Directiva 52/97/CEE, de 13 de octubre, que modifica las anteriores incorporadas por la Ley 13/1995 al ordenamiento español.

* Informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de fecha 23 de junio de 1998 (ref.: G.101/98). Ponente: M.^a Jesús Prieto Jiménez.

28 Junto con estas finalidades, pretende incorporar a la Ley todas las modificaciones que aconseja la experiencia derivada de su aplicación, corrigiendo deficiencias técnicas y aclarando preceptos de dudosa interpretación, y tratando de simplificar, en lo posible, los procedimientos de contratación pública.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

La reforma respeta la estructura de la Ley 13/1995, de la que se modifica la redacción de 106 artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria y dos finales, manteniendo su numeración. Se introducen dos nuevos artículos, el 116 bis y el 213 bis, y una disposición adicional –la décima–, y se deja sin contenido el actual artículo 148.

Las principales modificaciones, sin ánimo exhaustivo, y sin anticipar la valoración jurídica de las mismas, son las siguientes:

1. *Administraciones públicas sujetas a la Ley.*

Se modifican los artículos 188.1; disposición transitoria sexta; disposición final 2.^a.2; disposición adicional 9.^a.

2. *Contratos.*

Se suprime el contrato de trabajos específicos, concretos y no habituales de la Administración, (art. 197.4 y concordantes), cuyo objeto se considera incluido en el contrato de consultoría y asistencia (art. 197.2).

Se incluyen como nuevas figuras contractuales o modalidades de las mismas los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra [arts. 12.2.c); 14.3 y 172], limitando su duración. También se admiten los contratos con empresas de trabajo temporal, con ciertos límites (arts. 197.3; 199.3 y 202).

Se aclara el régimen jurídico de los contratos bancarios, de inversiones, de seguros, de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos, afirmando su carácter privado, sin perjuicio de su adjudicación por las normas de esta ley [arts. 5.2.a); 3; y 9.3] También se aclara el régimen de los contratos patrimoniales (art. 9.1).

Tiene finalidad aclaratoria del régimen jurídico de los contratos las modificaciones de los artículos 8; 57; 117.5; 176.2; 183.k); 211.i); y 201.

3. *Órganos y Mesas de Contratación.*

Se resuelven los casos en que hay varios órganos, Departamentos o Administraciones afectados aclarando la existencia de un único órgano de

contratación y un único expediente. Se contemplan las Juntas de Contratación en la Seguridad Social y demás entes públicos. (arts.12.1, 4 y 5; 70).

Se atribuye carácter facultativo a la intervención de la Mesa de Contratación en el procedimiento negociado, como sucedía en el sistema anterior a la Ley 13/1995 (arts. 82.1 y 93.2).

4. *Empresarios y contratistas.*

Se introducen modificaciones en los artículos 15.2; 16.1; 20.a), d) y e); 53.3; 198.2; 26, 21 y 35 dirigidas a aclarar conceptos, corregir defectos técnicos, e introducir modificaciones normativas (LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

5. *Subcontratistas y suministradores.*

Se introduce el artículo 116.bis para garantizar sus derechos, en la línea apuntada por la disposición transitoria decimoctava de la Ley 66/1997, que la Memoria considera incorporada ya a los actuales artículos 100.4 y 116.2.c). Se modifica el artículo 100.7, recuperando la tradicional inembargabilidad de los abonos a cuenta y añadiendo a las tradicionales excepciones la nueva de pago de obligaciones frente a subcontratistas y suministradores.

6. *Garantías.*

Se simplifica el sistema de garantías provisionales y definitivas, introduciendo modificaciones dirigidas a convertir en facultativa la garantía provisional en contratos de escasa cuantía (art. 36.1), manteniendo tal carácter en el procedimiento negociado (art. 36.5), y previendo su dispensa en los contratos administrativos especiales (art. 38), así como su posible constitución como retención del precio (art. 42.3). Se reduce la cuantía prevista para las bajas temerarias (arts. 37.4 y 84.5).

Se aclaran conceptos y defectos técnicos, como las responsabilidades a que están afectas las garantías provisionales (arts. 36.2 y 44.1), así como la base de las definitivas (art. 37.1) y el concepto de las complementarias (art. 37.3).

7. *Expedientes de contratación y procedimientos de adjudicación.*

Se trata de ordenar de manera más sistemática la tramitación, descartando prórrogas tácitas (art. 68), aclarando conceptos como el de división en lotes frente al fraccionamiento del contrato (art. 69.3), excluyendo la resolución automática por falta de iniciación inimputable a las partes en la tramitación urgente (art. 72.2.d), y documentando la comunicación al Registro Público de Contratos (art. 118.4)

El procedimiento de adjudicación se simplifica, para lo cual se reducen los plazos de publicidad de licitaciones en «BOE» (art. 79.2) y se eleva la cifra de publicación de adjudicaciones. Se simplifica la documentación a presentar, volviendo al sistema tradicional de exigir sólo declaración responsable de estar al corriente de obligaciones tributarias y de Seguridad Social a los licitadores, y su acreditación al adjudicatario [art. 80. 2.b) y e)]. Se aclara el supuesto de sucesión de empresa (art. 80.4) y la proposición única con variantes (art. 81), aclarando el régimen de su autorización (art. 88). También se aclara la regulación de las bajas temporarias (arts. 84.3 y 87.3).

8. *Modificación, revisión de precios, cumplimiento, resolución y nulidad del contrato.*

Se suprime el informe preceptivo del Consejo de Estado en las resoluciones por falta de formalización y por las causas del artículo 112 a), b) y d) (arts. 55.3 y 60.3.a), así como en las modificaciones (art. 60.3.b), manteniéndose el del Servicio Jurídico, y articulando el artículo 102.3 otras medidas de sustitución, aclarándose el cómputo de su importe.

Se flexibiliza el régimen de revisión de precios, aclarando el carácter exento del porcentaje y del período fijados, éste elevándose a un año (art. 104.1), excluyendo la revisión en los contratos de arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra (art. 104.2), y aclarando el sistema de fórmulas tipo (art. 105).

Se simplifica la escala de penalidades por demora (art. 96.3), previniéndose por otros incumplimientos (art. 96.4), regulando la inexecución parcial (art. 96.7) y el crédito presupuestario insuficiente (art. 100.4). Se flexibiliza el plazo de recepción en contratos complejos (art. 111.2).

En materia de nulidad, se corrigen defectos de redacción (arts. 62 y 63), y se resuelven dudas de interpretación mediante la remisión al régimen general de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992 (art. 65).

9. *Contrato de obras.*

Se trata de perfeccionar la elaboración de los proyectos completando su contenido (art. 124.1), especificando la responsabilidad de los autores (art. 124.5) y regulando la contratación conjunta de proyecto y obra (arts. 122 y 125). En el replanteo se aclara el requisito de disponibilidad de los terrenos, exigible para la adjudicación, y exceptuado según las previsiones de la disposición adicional 2.^a de la Ley 9/1996, de 13 de enero, con reglas especiales para la cesión de terrenos o locales por entidades públicas.

Se aclara el régimen del contrato mixto de concesión de obras públicas (art. 130).

En los procedimientos de adjudicación, se incorporan las modificaciones de supuestos y plazos de publicidad derivadas de la Directiva 97/52/CE. Se restringe el concepto de obras complementarias (art. 141.d) y se eleva la cuantía (art. 141 g) en el procedimiento negociado, siguiendo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997.

En materia de cumplimiento, modificación y resolución, se establece un plazo de diez días para expedir certificaciones de obra (art. 145.1), se completan las normas sobre recepción y plazo de garantía (art. 147.3), se suaviza el *ius variandi* permitiendo al contratista que no acepte los precios fijados por la Administración no ejecutar la modificación de las obras (art. 146.2), se determinan las unidades de obra de ejecución preferente, se extiende el supuesto a la suspensión parcial y se amplían los plazos para la aprobación del proyecto (art. 146.4). La resolución por suspensión se amplía a un año (art. 150.c), como en suministros (art. 193.b) y en consultoría y asistencia (art. 214.c), aclarándose el cómputo de la modificación causa de resolución (art. 150.e), rebajándose la alteración sustancial causa de resolución al 30 por ciento (art. 151), y aclarando el concepto de obras sin realizar, además de un error de redacción (art. 152).

También se modifica el régimen de ejecución de obras por la Administración (arts. 153 y 154).

10. *Contrato de gestión de servicios públicos.*

Se suprime la exclusión de la sociedad pública mayoritaria (art. 155.2), se recogen distintos plazos de duración con un máximo de 50 años (art. 158), y se perfila el régimen de las obras concurrentes (arts. 157, 159 y 161).

Como en obras, se eleva la cuantía en el negociado (art. 160.2.d), siguiendo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997.

11. *Contrato de suministro.*

Como en obras, se incorporan las modificaciones en los supuestos y plazos de publicidad de la Directiva 97/52/CE (arts. 178.1 y 3, y 179), se eleva la cuantía del negociado conforme al citado Acuerdo del Consejo de Ministros (art. 183.i), y se aclara la exclusión del IVA en el cálculo de modificaciones contractuales (art. 193.c).

Se aclara la adhesión al sistema de adquisición centralizada (nueva disposición adicional décima y artículo 184.1).

Y como en obras, se modifica el régimen de fabricación de muebles por la propia Administración (arts. 195.2 y 196).

12. *Contratos de consultoría y asistencia, y de servicios.*

Se reduce su duración máxima a dos años, limitándose también el régimen de prórrogas (art. 199.1). Se trata de minimizar la determinación del precio a tanto alzado (art. 203.2).

Se incorpora la Directiva 97/52/CE en materia de adjudicación, más compleja que en obras y suministros (arts. 204 y 216, para el concurso de proyectos con Jurado), a la par que se restringe el concepto de estudios, trabajos y servicios complementarios (art. 211.d) y se eleva la cuantía del negociado (art. 211.h), siguiendo el Acuerdo citado del Consejo de Ministros.

Se regula el cumplimiento en el nuevo artículo 213 bis, suprimiendo la aplicabilidad supletoria de la normativa de obras.

En materia de resolución se incorpora el criterio de cómputo del artículo 146.4 (art. 241.c) y se elevan los porcentajes de indemnización (art. 215).

13. *Normas básicas y no básicas.*

Se da nueva redacción a la disposición final primera para adaptarla al nuevo contenido de la Ley.

III. OBSERVACIONES DE CARÁCTER GENERAL

1. Como ya se dijo en el anterior informe, en primer lugar, y coincidiendo con el criterio de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, se considera conveniente que las remisiones que se efectúan a lo largo del articulado a entes públicos, entidades de Derecho Público, etc., se adaptaran a la terminología y tipología de la Administración institucional introducida por la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril), que se refiere a Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales como tipos del género Organismos Públicos.

Y no es obstáculo al respecto, como considera el Ministerio de Economía y Hacienda, el que la Ley se aplique no sólo a la Administración del Estado sino también a las restantes Administraciones públicas territoriales, pues de lo que se trata es de hacer extensiva a éstas la terminología acuñada para la Administración estatal, pero susceptible de ser utilizada por las Comunidades autónomas y entidades locales para referirse a sus propios «Organismos públicos», como lo fue la empleada por los artículos 4 y 6 apartados 1.b) y 5 de la Ley general Presupuestaria, derogada por la LOFAGE.

Por otro lado, la expresión «Organismos públicos» tiene suficiente similitud con la noción de entidades de Derecho público que utilizan las Directivas comunitarias, de modo que no parece que pudiera ocasionarse

confusión alguna, siendo además función del legislador estatal el adaptar las normas comunitarias al Derecho interno, sin que resulte por ello imprescindible utilizar los mismos términos que las Directivas, aplicables a todos los Estados de la Unión Europea, si no existe en el Derecho interno un término igual pero sí otro equivalente, pues lo que se traspone es el concepto normativo, no el término lingüístico –por ejemplo, no se recoge en nuestra ley la expresión «poderes o entidades adjudicadoras» sino «órganos de contratación».

2. En segundo lugar, puesto que las modificaciones que afectan al régimen de informes preceptivos del Consejo de Estado sólo pueden ser eficaces si alcanzan a modificar no sólo la Ley 13/1995, sino también la ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, la técnica legislativa más adecuada aconseja modificar expresamente ésta última, y no limitarse, como hace el anteproyecto, a atribuir rango de ley orgánica a los artículos correspondientes de la Ley 13/1995.

Sería aconsejable, por tanto, tramitar paralelamente un proyecto de ley orgánica independiente, o en su caso, incluir en el anteproyecto una disposición adicional, con rango de ley orgánica, por la que se modifiquen los correspondientes artículos de la citada LO 3/1980.

IV. OBSERVACIONES AL ARTICULADO

Artículo 4.

El nuevo párrafo presenta una redacción confusa, al configurarse como una prohibición de eludir el cumplimiento de los requisitos de los contratos exigidos en el artículo 11 y establecer para tal supuesto que se produzcan los efectos de nulidad previstos en los artículos 65 y 66.

Tal configuración es la lógica consecuencia de la ubicación sistemática del párrafo, añadido como segundo al actualmente único párrafo del artículo 4, que consagra el principio de autonomía de la voluntad en la contratación administrativa, de modo que, frente a la regla general de libertad contractual o de pactos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, se prohíben los concertados para eludir el cumplimiento de los requisitos que el artículo 11 exige a los contratos, respecto de los que se producirán —dice— los efectos de nulidad previstos en los artículos 65 y 66.

Pero no queda claro si se pretende recoger una nueva causa de nulidad que complete la regulación parcial actualmente existente de los efectos del incumplimiento de tales requisitos (art. 22), o si la nulidad o anulabilidad, en su caso, debe reconducirse a las causas existentes, que en unos casos son de nulidad [artículo 63 *b*) y *c*)] y en los restantes de anulabilidad por vulneración del ordenamiento jurídico (art. 64).

28 Sería por tanto conveniente clarificar la norma, a cuyo efecto se considera preferible su inclusión como nuevo apartado del propio artículo 11, dado que se trata de explicitar el carácter imperativo y no dispositivo de los requisitos que el mismo exige en todo contrato, con las excepciones previstas en la propia ley, y de precisar los efectos de su incumplimiento.

Artículo 5.

No es el artículo sistemáticamente más adecuado para excluir expresamente el carácter administrativo de los contratos de servicios que queden fuera del ámbito de la Directiva 92/59/CEE, por disposición de la Directiva 97/52/CEE, por cuanto este artículo se limita a recoger la denominación típica de los contratos administrativos que regula la propia Ley en su Libro II, entre ellos el contrato de servicios.

Y es en el Título IV de este Libro II, concretamente en el artículo 197.3, que define en términos generales el contrato administrativo de servicios, donde encuentra su correcta ubicación la norma que exceptúa determinados contratos de servicios para declarar su naturaleza privada.

Puesto que subsiste su mención en el artículo 207, que pasa así a ser un catálogo de subtipos del contrato de servicios tanto administrativo como privado a efectos de su publicidad, debería incluirse una norma que puntualice esta cuestión e indique que este catálogo de servicios no presupone el carácter administrativo o privado del contrato que los tenga por objeto, recogiendo un criterio para la determinación de tal carácter, que puede ser el del artículo 8 para los contratos administrativos especiales.

De este modo, existiría un contrato típico administrativo de servicios cuyo objeto podría estar constituido por cualesquiera servicios enumerados en el artículo 207, salvo los de seguros, bancarios y de inversiones, y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística o literaria y los de espectáculos, que excluye la Directiva comunitaria, y que se consideran privados en todo caso. Pero para que tal contrato de servicios fuera administrativo sería necesario que estuviera vinculado al giro o tráfico de la Administración pública contratante en los términos del artículo 5 de la Ley, siendo de otro modo un contrato privado de arrendamiento de servicios, fuera cual fuera su objeto.

De lo contrario debe entenderse que sólo son privados, y en todo caso lo son, los contratos de servicios que se citan incluidos en la categoría 6 y en la 26 del artículo 207, mientras que los demás contratos de servicios son en todo caso administrativos, todo ello con independencia de su vinculación al quehacer de la Administración contratante, y sin perjuicio de que su preparación y adjudicación se rija por las mismas normas, que en definitiva es lo que exige la Directiva comunitaria.

Induce a error la modificación del segundo párrafo del apartado 1 al comenzar con la expresión «No obstante», alusiva a algo que excepciona o contradice lo que se ha expuesto con anterioridad, cuando la norma que así se introduce, por la cual se ordena la aplicación de la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas a los contratos privados que ahí se enumeran, no excepciona en modo alguno a la norma general que la precede, por la que se dispone que estos contratos se rijan por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normativa administrativa específica, que por ello es de aplicación preferente en todo caso.

Artículo 12.

La nueva letra c) del apartado 2 completa la enumeración de supuestos que recoge el primer párrafo de este apartado, por lo que debería preceder al párrafo segundo y ulteriores. Sobre su contenido, deben tenerse en cuenta las observaciones al artículo 14.

Artículo 14.

Aunque los efectos económicos del arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra sean muy similares a los de la compraventa con precio aplazado, desde el punto de vista jurídico no hay tal similitud, y se trata de contratos diferentes, de naturaleza jurídica diferente, sin que se ajuste a la misma la calificación del arrendamiento financiero o del arrendamiento con opción de compra como sistemas o modalidades de pago de otro contrato, siendo como son contratos en sí mismos.

La mención de estos contratos en el artículo 14, que se justifica, como queda dicho, por la equivalencia de sus efectos económicos con los del aplazamiento del pago de los contratos traslativos del dominio, debe respetar no obstante la naturaleza jurídica de aquellos, de modo no los califique como sistemas o modalidades de pago de los contratos sino como contratos a los que no se aplican las disposiciones de los apartados 3 y 4, sino su régimen específico recogido en un nuevo apartado 5.

Y lo mismo debe decirse a la mención que de estos contratos hace la nueva letra c) del apartado 2 del artículo 12, y el apartado 2 del artículo 104.

Artículo 25.

La modificación efectuada del apartado 1, segundo párrafo, no se corresponde con la finalidad perseguida, según la justificación que se invoca de la misma, pues no se recoge la posibilidad de restablecer, mediante Real Decreto, la exigencia de la clasificación exceptuada por norma reglamentaria anterior, como parece que era el propósito, sino que se dice literalmente que «por Real Decreto podrá exceptuarse... o acordar

28 *la exigencia de clasificación ... cuando, según las disposiciones vigentes, tal requisito no sea exigible...», lo que parece atribuir una habilitación mayor al Gobierno, que permita en lo sucesivo que por vía reglamentaria se modifiquen los supuestos en que la Ley no exige clasificación. Debería decirse «restablecer... cuando tal requisito se hubiera exceptuado» en lugar de «acordar... cuando tal requisito no fuera exigible».*

Artículo 36.

Frente a lo afirmado en la Memoria del anteproyecto respecto a la garantía provisional en el procedimiento negociado, el nuevo apartado quinto del artículo 36 limita la posibilidad de solicitarla a los contratos de cuantía igual o superior a la que determina su obligatoriedad en el apartado 1 para los procedimientos abierto y restringido, de modo que no es en todo caso potestativa tal garantía en el negociado, sino sólo para los contratos de cierta entidad económica, sin que el órgano de contratación pueda exigir garantía provisional para los de cuantía inferior en este procedimiento de adjudicación. Se considera preferible la solución que apunta la Memoria, de modo que en el negociado sea potestativa la garantía provisional, pero pueda exigirse si la cuantía es inferior a la del apartado 1, como en los otros dos procedimientos.

Artículo 104.2.

Debe reproducirse lo dicho anteriormente en observaciones al artículo 14 sobre los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra.

Artículos 122 y 125.

Existe un error de redacción en la primera frase del apartado 3 del artículo 125, que omite mencionar el proyecto limitándose a decir «*El contratista presentará al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo*».

Por lo demás, la solución que acoge este apartado no es congruente con lo dispuesto en el párrafo segundo del nuevo artículo 122, pues si la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto operan como condición, se entiende suspensiva, respecto de la adjudicación de la obra, el cumplimiento de la condición, esto es, la supervisión, replanteo y aprobación del proyecto, no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, pues la obligación condicional sería nula (art. 115 del Código Civil) de modo que la Administración estaría obligada y el contratista tendría derecho a ejecutar las obras conforme al proyecto elaborado, siempre que éste lo hubiera sido de conformidad con las prescripciones técnicas del contrato y demás normas aplicables.

Distinto es el hecho de que la Administración no esté obligada a ejecutar la obra si considera inadecuados los precios fijados en el proyecto, como se establece en el apartado 3 del artículo 125, que lo que recoge en defini-

tiva es la posibilidad de desistimiento unilateral de una de las partes, la Administración dueña de la obra, lo que genera derecho a indemnización de daños y perjuicios de la parte contratista, que la ley cifra en el valor del proyecto elaborado. Se trata, por tanto, de una causa de resolución imputable a la Administración con derecho a indemnización del contratista, y así debería consignarse, prescindiendo de hablar de condición por no ser jurídicamente adecuado, aunque en el sentido coloquial una prestación esté condicionada a la ejecución de la otra, pues sin proyecto replanteado, supervisado y aprobado no puede ejecutarse la obra. Pero como queda expuesto, toda posibilidad de no aprobación del proyecto atribuida a la sola voluntad de la Administración no puede calificarse jurídicamente como condición.

Debe aclararse si el apartado 4 del artículo 125, cuando dice «en estos casos», se refiere a los casos contemplados en el apartado 3 o a los contemplados en el apartado 1, esto es, si está pensando en todo caso de adjudicación conjunta de proyecto y obra o sólo en los casos de no aprobación de los precios del proyecto por la Administración. Existe también un error de redacción en la segunda frase de este apartado, donde dice «procederá» debería decir «*se procederá*».

Finalmente, no se considera adecuado que el pliego de cláusulas administrativas deba indicar el momento de fiscalización y aprobación del gasto, y adquisición del compromiso, pues ya lo dice la ley en el nuevo artículo 125.4, y se trata de actos internos de la Administración en el expediente de gasto, y no de cláusulas contractuales. Por el contrario, lo que sí debería recoger el pliego es la existencia de la condición a que se refiere el artículo 122, como recoge la contemplada en el vigente artículo 70.4.

Artículos 141 y 146.

La posibilidad que recoge el artículo 146.2 *In fine* de contratar con un nuevo empresario por el procedimiento negociado sin publicidad las modificaciones no aceptadas por el contratista inicial debería incorporarse al artículo 141, que sólo contempla las obras complementarias, y sabido es que uno y otro concepto no coinciden, como tampoco su régimen jurídico, según ha puesto de relieve el Consejo de Estado en numerosos dictámenes al hilo de la interpretación de los artículos 150 y 153 del Reglamento General de Contratación.

Artículo 197.

Debe darse por reproducido lo expuesto en las observaciones al artículo 5 sobre la oportunidad de declarar el carácter privado de determinados contratos de servicios en el apartado 3 de este artículo, e incluir un criterio de determinación del carácter administrativo o privado de los restantes enumerados en el artículo 207 similar al recogido para los contratos administrativos especiales.

28 2. **Observaciones al nuevo texto del anteproyecto de ley de reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. El dictamen del Consejo de Estado de 22.12.98. Anteriores informes de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. La Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de introducción del euro. La habilitación de letrados específicos para sustituir en la Mesa de Contratación a quienes tengan atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación**².

Con fecha 1 de febrero de 1999 se ha recibido en esta Dirección del Servicio Jurídico del Estado, remitido por V.I., el «nuevo texto del anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas», fechado el 28-1-99, que será sometido a deliberación en la próxima Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios del día 3 de febrero, con el ruego de que se remitan las observaciones que se consideren procedentes.

El nuevo texto incorpora modificaciones al anterior texto del anteproyecto fechado el 4-6-98, que fue objeto de un primer examen global por este Centro directivo en anterior informe de fecha 9 de junio, efectuándose un análisis jurídico más detallado en posterior informe de 23 de junio de 1998. Las modificaciones introducidas en el nuevo texto no incorporan en su mayoría aquellas observaciones, ni las efectuadas por el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1998, que pone fin a la tramitación del proyecto en cuanto a la emisión de informes jurídicos se refiere, por lo que a los sólo efectos de facilitar la deliberación de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios pueden hacerse las siguientes

OBSERVACIONES

I. SOBRE EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 22.12.98

1. *La Directiva 97/52/CE.*

Se modifica la redacción del segundo párrafo de los artículos 135.1, 178.1 y 204.1, de acuerdo con las observaciones del Consejo de Estado, para adecuarla más a la Directiva 97/52/CE, recogiendo no sólo el criterio del envío, y no de la publicación del anuncio en el DOCE, que ya se incorporó al anterior texto, sino haciendo depender con claridad la reducción de plazo del período transcurrido entre el envío de uno y otro anuncio al citado diario oficial. En el mismo sentido se aclara la redacción de los artículos 137, 179 y 208.

² Informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de fecha 2 de febrero de 1999 (ref. G.101/98). Ponente: M.^º Jesús Prieto Jiménez.

Se prescinde en la Memoria del nuevo texto de la mención que se hacía en la Memoria del anterior relativa a que carece de sentido incorporar el contenido de la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995 por ser ya efectiva dicha incorporación en la actual redacción de los artículos 100.4 y 116.2.c) de la Ley 13/1995. El Consejo de Estado discrepa de este criterio en su Dictamen, y considera insuficientemente incorporado a la Ley el contenido de esta Recomendación, sin perjuicio del carácter no vinculante de la misma. Tal preocupación es compartida por el Consejo Económico y Social, cuyas observaciones a propósito de los intereses de demora o en relación con la morosidad de numerosos entes locales destaca el alto órgano consultivo del Gobierno, que subraya la necesidad de una próxima regulación de estas cuestiones cuando se lleve a cabo la trasposición de la futura Directiva sobre los retrasos en los pagos en las transacciones comerciales, cuya propuesta provisional fue aprobada por la Comisión Europea el 24 de marzo de 1998 (COM(98)126 final).

3. *Intervención del Consejo de Estado.*

Se acoge la observación de incorporar al artículo 60.3 la intervención del Consejo de Estado en los supuestos de modificación del contrato previstos en el artículo 102.4 del texto anterior, que se suprime.

4. *Distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.*

No se recoge en el nuevo texto el criterio del Consejo de Estado relativo a la excesiva restricción del alcance de la legislación básica del Estado a que da lugar la nueva redacción de la Disposición final primera de la Ley.

5. *Contratos privados.*

No incorpora el nuevo texto la consideración del Consejo de Estado relativa a la calificación jurídica de los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, poniendo de relieve que la Directiva 97/52/CE no los considera en modo alguno contratos privados, sino administrativos, sin perjuicio de que se encuentren excluidos a efectos de la aplicación del Acuerdo sobre contratación pública de la Ronda de Uruguay.

Por el contrario, se mantiene la redacción del artículo 5 recogida en el anterior texto, y con ello subsiste la contradicción que apuntó este Centro directivo en relación con la inclusión de estos contratos en el catálogo de

28 contratos administrativos de servicios del artículo 207 de la Ley 13/1995, que pasa así a ser un catálogo de subtipos del contrato de servicios tanto administrativo como privado a efectos de su publicidad. Se sugirió por ello que debería incluirse una norma que puntualice esta cuestión e indique que este catálogo de servicios no presupone el carácter administrativo o privado del contrato que los tenga por objeto, recogiendo un criterio para la determinación de tal carácter, que puede ser el del artículo 8 para los contratos administrativos especiales.

6. *La concesión de obra pública.*

No acoge tampoco el nuevo texto las sugerencias del Consejo de Estado en relación con el régimen jurídico de la concesión de obra pública, indicando que «en todo caso debe modificarse la nueva redacción del artículo 130.2 de la Ley 13/1995, ya sea manteniendo la redacción todavía vigente, ya sustituyéndola por otra en la que se acogieses las anteriores consideraciones» del Dictamen, efectuadas en el sentido de considerar muy perjudicado el interés público que la Administración representa al flexibilizar el régimen jurídico de este contrato excluyendo la aplicación de las normas reguladoras del contrato de obras a la prestación consistente en la ejecución de la obra pública objeto de concesión, salvo las relativas a la publicidad –vg. clasificación, replanteo, etc.–, sin perjuicio de la ulterior aplicación de las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos a la explotación de la obra ejecutada.

7. *La subcontratación.*

El Consejo de Estado comparte las preocupaciones del sector, que ya puso de manifiesto desde la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1995, y que siguen sin resolverse en la reforma que se proyecta de la misma, a cuyo efecto son insuficientes los nuevos artículos 116 y 116 bis., remitiéndose de nuevo a la necesidad de abordar el problema a la hora de transponer la futura Directiva sobre retrasos en los pagos en las transacciones comerciales.

8. *Prohibiciones de contratar.*

El nuevo texto no suprime la exigencia de que la sentencia condenatoria a que se refiere la letra *a*) sea firme, lo que el Consejo de Estado considera excesivo, aunque recoge la recomendación del alto órgano consultivo sobre la adecuación de esta norma a los nuevos tipos penales y la sistematización en dos normas (letras *a*) y *d*)) de los delitos y las infracciones administrativas.

Tampoco se acoge el criterio del Consejo de Estado en lo relativo al mantenimiento del carácter preceptivo de la Mesa de Contratación en el procedimiento negociado, o de introducirse criterios objetivos en los que haya de basarse el carácter potestativo de su constitución, que se diseña de forma absolutamente discrecional para el órgano de contratación.

II. SOBRE ANTERIORES INFORMES DE LA DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

Artículo 4.

Se ha suprimido el nuevo párrafo, que presentaba una redacción confusa, como puso de relieve este Centro directivo en anteriores informes, cuyo criterio se incorpora al nuevo texto.

Artículos 12 y 14.

Aunque los efectos económicos del arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra sean muy similares a los de la compraventa con precio aplazado, desde el punto de vista jurídico no hay tal similitud, y se trata de contratos diferentes, de naturaleza jurídica diferente, sin que se ajuste a la misma la calificación del arrendamiento financiero o del arrendamiento con opción de compra como sistemas o modalidades de pago de otro contrato, siendo como son contratos en sí mismos.

La mención de estos contratos en el artículo 14, que se justifica, como queda dicho, por la equivalencia de sus efectos económicos con los del aplazamiento del pago de los contratos traslativos del dominio, debe respetar no obstante la naturaleza jurídica de aquellos, de modo no los califique como sistemas o modalidades de pago de los contratos sino como contratos a los que no se aplican las disposiciones de los apartados 3 y 4, sino su régimen específico recogido en un nuevo apartado 5.

Y lo mismo debe decirse a la mención que de estos contratos hace la nueva letra c) del apartado 2 del artículo 12, y el apartado 2 del artículo 104.

Artículo 25.

La modificación efectuada del apartado 1, segundo párrafo, no se corresponde con la finalidad perseguida, según la justificación que se invoca de la misma, pues no se recoge la posibilidad de restablecer, mediante Real Decreto, la exigencia de la clasificación exceptuada por norma reglamentaria anterior, como parece que era el propósito, sino que se dice literalmente que «por Real Decreto podrá exceptuarse... o acordar la exigencia de clasificación ... cuando, según las disposiciones vigentes, tal requisito no sea exigible...», lo que parece atribuir una habilitación

28 mayor al Gobierno, que permita en lo sucesivo que por vía reglamentaria se modifiquen los supuestos en que la Ley no exige clasificación. Debería decirse «restablecer...cuando tal requisito se hubiera exceptuado» en lugar de «acordar...cuando tal requisito no fuera exigible».

Artículo 104.2.

Debe reproducirse lo dicho anteriormente en observaciones a los artículos 12 y 14 sobre la forma de referirse el anteproyecto a los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra.

Artículos 122 y 125.

La solución que acoge este apartado no es congruente con lo dispuesto en el párrafo segundo del nuevo artículo 122, pues si la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto condicionan la ejecución -y no la adjudicación, evidentemente, como recuerda el Ministerio de Economía y Hacienda en su contestación a anteriores observaciones- de la obra, el cumplimiento de la condición, esto es, la supervisión, replanteo y aprobación del proyecto, no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, pues la obligación condicional sería nula (art. 1115 del Código Civil) de modo que la Administración estaría obligada a aceptar la ejecución y el contratista tendría derecho a ejecutar las obras conforme al proyecto elaborado, siempre que éste lo hubiera sido de conformidad con las prescripciones técnicas del contrato y demás normas aplicables.

Distinto es el hecho de que la Administración no esté obligada a ejecutar la obra si considera inadecuados los precios fijados en el proyecto, como se establece en el apartado 3 del artículo 125, que lo que recoge en definitiva es la posibilidad de desistimiento unilateral de una de las partes, la Administración dueña de la obra, lo que genera derecho a indemnización de daños y perjuicios de la parte contratista, que la ley cifra en el valor del proyecto elaborado.

Se trata, por tanto, de una causa de resolución imputable a la Administración con derecho a indemnización del contratista, y así debería consignarse, prescindiendo de hablar de condición por no ser jurídicamente adecuado, aunque en el sentido coloquial una prestación esté condicionada, esto es, supeditada a la ejecución de la otra, pues sin proyecto replanteado, supervisado y aprobado no puede ejecutarse la obra. Pero como queda expuesto, toda posibilidad de no aprobación del proyecto atribuida a la sola voluntad de la Administración no puede calificarse jurídicamente como condición.

Finalmente, no se considera adecuado que el pliego de cláusulas administrativas deba indicar el momento de fiscalización y aprobación del gasto, y adquisición del compromiso, pues ya lo dice la ley en el nuevo artículo 125.4, y se trata de actos internos de la Administración en el expediente de gasto, y no de cláusulas contractuales, que por lo demás no

podrían fijar el momento expresado en términos o plazos, sino que se limitarían a reproducir innecesariamente el precepto legal.

Por el contrario, lo que sí debería recoger el pliego es la existencia de la «condición» a que se refiere el artículo 122, como recoge la contemplada en el vigente artículo 70.4.

Artículos 141 y 146.

La posibilidad que recoge el artículo 146.2 *in fine* de contratar con un nuevo empresario por el procedimiento negociado sin publicidad las modificaciones no aceptadas por el contratista inicial debería incorporarse por razones sistemáticas al artículo 141, que sólo contempla las obras complementarias, y sabido es que uno y otro concepto no coinciden, como tampoco su régimen jurídico, según ha puesto de relieve el Consejo de Estado en numerosos dictámenes al hilo de la interpretación de los artículos 150 y 153 del Reglamento General de Contratación. Es cierto, como indicó en el Ministerio de Economía y Hacienda en su contestación a las anteriores observaciones de este Centro directivo, que ello puede colisionar con las Directivas comunitarias. Pero también lo es que la posible colisión deriva de la admisión de un nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad con independencia de su ubicación sistemática en el artículo 141 o su inclusión en el segundo apartado *in fine* del artículo 146.

III. SOBRE LA LEY 46/1998, DE 17 DE DICIEMBRE, DE INTRODUCCIÓN DEL EURO

En varias ocasiones el texto del anteproyecto incluye una referencia expresa a un importe monetario utilizando la peseta como unidad de cuenta, lo cual es conforme con la modificación del sistema monetario nacional operada por los Reglamentos (CE) 1103/97, de 17 de junio, y 974/98, de 3 de mayo, del Consejo, así como con la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, que permiten la utilización de la peseta como unidad de cuenta durante el periodo transitorio. Así sucede en el artículo 2 apartados 1 y 2; artículo 12, apartado 2; artículo 25, apartado 1; artículo 58, apartado 1; artículo 60, apartado 3, *b*); artículo 94, apartados 2 y 3; artículo 96; artículo 102, apartado 3; artículo 128; artículo 135, apartado 1; artículo 141, *g*); artículo 153, apartado 1; artículo 160, apartado 2, *d*) y *f*); artículo 178, apartados 1 y 2; artículo 183, *k*); artículo 202; artículo 204, apartados 1 y 2; artículo 211, *h*); disposición adicional novena, apartado 4;

Sin embargo, el artículo 30 de ésta última Ley exige que, durante este período transitorio, que se extiende desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre del año 2001, «los importes monetarios utilizados como expresiones finales en las normas que a partir de dicha fecha se dicten deberán hacer constar a continuación el importe equivalente en la unidad

28 de cuenta euro al tipo de conversión pudiendo en este caso expresar una cifra final en euros con un número de decimales no superior a seis.»

Esta indicación no altera la unidad de cuenta en la que se entiende expresada la disposición en cuestión, que seguirá siendo la peseta, pero facilita la redenominación automática que tendrá lugar al finalizar el período transitorio, conforme al artículo 2 apartado 3 de la citada Ley 46/1998. Los proyectos de normas que elabore la Administración Pública durante este período transitorio deben, por tanto, contener la referida indicación del importe equivalente en euros al tipo de conversión respecto de los importes monetarios que incluyan como expresiones finales denominados en pesetas. El anteproyecto debe cumplir esta exigencia legal.

Por otro lado, el Reglamento (CE) 1103/97 del Consejo deroga el anterior Reglamento (CE) 3320/94, y dispone en su artículo 1 que toda referencia al ecu que figure en un instrumento jurídico se entenderá hecha al euro al tipo de un ecu por un euro, por lo que carece de sentido la mención que hace la nueva disposición adicional segunda tanto del ecu como de la peseta. Puesto que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea se expresarán en euros, sería conveniente suprimir del texto de esta disposición adicional la expresión «en unidades de cuenta europeas (ecus), derechos especiales de giro, euros o pesetas».

IV. SOBRE LA HABILITACIÓN DE LETRADOS ESPECÍFICOS PARA SUSTITUIR EN LA MESA DE CONTRATACIÓN A QUIENES TENGAN ATRIBUIDO EL ASESORAMIENTO JURÍDICO DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Se introduce en el nuevo artículo 82 la previsión de que «*Reglamentariamente podrán establecerse los supuestos en que formarán parte de la Mesa de Contratación letrados habilitados específicamente para ello en sustitución de quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación.*» Dicha previsión debe completarse introduciendo una cláusula de salvaguardia de las normas legales y reglamentarias que regulan tal asistencia jurídica, en particular, y respecto al los Abogados del Estado, de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, pues el desarrollo reglamentario específico que se pudiera hacer en materia de contratación pública, y concretamente en cuanto a la composición de la Mesa de Contratación, no puede desconocer ni contradecir aquella normativa, especial y preferente por razón de tal especialidad.

Se propone por ello añadir al párrafo transcrito un inciso que podría ser del tenor literal siguiente: «*...respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y las demás normas reguladoras de la asistencia jurídica de las distintas Administraciones Públicas.*»

3. Nota sobre contestación del Ministerio de Economía y Hacienda a las observaciones del Ministerio de Justicia sobre el texto del anteproyecto de ley de reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, fechado el 28-01-99. El dictamen del Consejo de Estado de 22-12-98. Anteriores informes de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. La Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de introducción del euro. La habilitación de letrados específicos para sustituir en la Mesa de Contratación a quienes tengan atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación ³.

I. SOBRE EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO NÚM. 4.464/98, DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998

En el primer dictamen núm. 2.268/98, aprobado por el Pleno del día 18 de junio, el Consejo de Estado señaló «la gran importancia y alcance de las modificaciones que se pretenden incorporar a través del anteproyecto sometido a consulta», que por ello «debería haberse planteado sin carácter urgente y abarcando la totalidad del anteproyecto». Sin embargo, puesto que la Orden de remisión invocaba exclusivamente los números 2 y 6 del artículo 21 de la LO 3/1980, el Consejo de Estado se limitó en aquella ocasión a examinar las cuestiones relativas a la trasposición del Derecho comunitario y a la competencia del Consejo de Estado, calificando como esenciales las observaciones efectuadas con respecto a esta segunda cuestión, que fueron atendidas por el texto fechado el 28 de enero.

En el segundo Dictamen núm. 4.464/98, aprobado por el Pleno del día 22 de diciembre, el Consejo de Estado no se limita a examinar las cuestiones sometidas a consulta preceptiva del Consejo de Estado, relativas a la incorporación del Derecho Comunitario y las que afectan a la competencia de este Consejo (números 2 y 6 del art. 21 de la LO 3/1980, de 22 de abril), sino que «en atención a la relevancia de la reforma propuesta, teniendo en cuenta que esta es la segunda ocasión en que se somete el anteproyecto al dictamen del Consejo y dada la amplitud que el artículo 2.1 de la LO 3/1980 atribuye a la función consultiva», en esta ocasión también examina «otras cuestiones de especial relevancia para la contratación administrativa. Ello sin perjuicio de dar por reproducidas las observaciones formuladas por este Consejo en dictámenes anteriores (dictámenes 51.924, aprobado en el Pleno del día 24 de noviembre de 1988; 214/92, aprobado en el Pleno del día 21 de mayo; y 1.270/93, aprobado en el Pleno del día 2 de diciembre)».

A estas «otras cuestiones de especial relevancia para la contratación administrativa» se refieren la mayoría de las observaciones y sugerencias

³ Nota de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de fecha 16 de febrero de 1999 (ref.: G.101/98). Ponente: M.^a Jesús Prieto Jiménez.

28 del dictamen núm. 4.464/98, no atendidas por el texto del anteproyecto de 28 de enero de 1999. Tales observaciones no se califican, sin embargo, de esenciales, de acuerdo con el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por RD 1674/1980, de 18 de julio, a efectos de que, si se atienden en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado». Por el contrario, el dictamen núm. 4.464/98 concluye que, «una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. someter a la aprobación del Consejo de Ministros, para su posterior remisión a las Cortes Generales, el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.V.E. resolverá, no obstante, lo que estime más acertado».

Se trata, por tanto, de valorar criterios de oportunidad respecto a aprobar un anteproyecto de Ley que no tiene en cuenta las observaciones y sugerencias del Consejo de Estado sobre cuestiones que el alto órgano consultivo considera «de especial relevancia para la contratación administrativa» y cuyo examen ha abordado por propia iniciativa, a pesar de no habersele sometido a consulta, pero que no se califican como esenciales a efectos de utilizar la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado».

1. *La Directiva 97/52/CE*

El texto del anteproyecto fechado el 28 de enero de 1999 modifica la redacción del segundo párrafo de los artículos 135.1, 178.1 y 204.1, de acuerdo con las observaciones del Consejo de Estado, para adecuarla más a la Directiva 97/52/CE, recogiendo el criterio del envío, y no de la publicación del anuncio en el DOCE, que ya se incorporó al anterior texto, aunque el Consejo de Estado entiende que no existe la suficiente claridad al hacer depender la reducción de plazo del período transcurrido entre el envío de uno y otro anuncio al citado diario oficial. En el mismo sentido se aclara la redacción de los artículos 137, 179 y 208.

Sin embargo, no debe olvidarse, como señala el Consejo de Estado, que «se trata de una trasposición parcial, referida a las cuestiones del plazo de recepción de ofertas y del procedimiento negociado y del concurso para los contratos de servicios, de suministro y de obras, quedando pendiente de regulación otras materias como, por ejemplo, las obligaciones de información en el marco de los procedimientos de adjudicación, la forma de presentación de ofertas, o el informe estadístico sobre tales contratos.»

2. *La Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995*

En las observaciones de 2 de febrero de 1999, se puso de relieve que el nuevo texto del anteproyecto fechado el 28 de enero de 1999 prescinde en la Memoria de la mención que se hacía en la Memoria del anterior relativa a que carece de sentido incorporar el contenido de la Recomendación de la

Comisión de 12 de mayo de 1995 por ser ya efectiva dicha incorporación en la actual redacción de los artículos 100.4 y 116.2.c) de la Ley 13/1995.

La contestación del Ministerio de Economía y Hacienda insiste en que tal recomendación figura ya incorporada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [arts. 100.4, 116.2.b), 147 y 148], extendiéndose la modificación de la Ley a los artículos 145, 11.4 y 147.3.

El Consejo de Estado discrepa de este criterio en los Dictámenes 2.268/98 y 4.464/98, y considera insuficientemente incorporado a la Ley el contenido de esta Recomendación, sin perjuicio del carácter no vinculante de la misma, pero teniendo en cuenta el mandato del legislador español al Gobierno de incorporar su contenido a un proyecto de ley de reforma de la Ley 13/1995 en un plazo de seis meses (disposición transitoria decimoctava de la Ley 66/1997).

El dictamen 2.268/98 considera que «la reforma proyectada no se ha hecho eco de algunas de las previsiones que en ella se hacen de cara a «hacer respetar los plazos de pago contractuales en las transacciones comerciales y garantizar mejores plazos de pago en los contratos públicos» (por ejemplo, las relativas al establecimiento de controles regulares sobre los plazos de pago de las autoridades públicas, cuyos resultados deberían darse a conocer de forma oficial; o a la creación de sistemas de control adecuados para garantizar que las autoridades públicas respeten el principio de pago –simultáneo al pago del principal– de los intereses de demora en el caso de que se sobrepasen los plazos contractuales, cuando ello sea imputable a las entidades adjudicadoras o a las empresas públicas).»

El dictamen 4.464/98 señala que tal preocupación es compartida por el Consejo Económico y Social, cuyas observaciones a propósito de los intereses de demora o en relación con la morosidad de numerosos entes locales destaca el alto órgano consultivo del Gobierno, que comprobando la no incorporación de tales cuestiones al anteproyecto de ley, subraya la necesidad de una próxima regulación de las mismas cuando se lleve a cabo la trasposición de la futura Directiva sobre los retrasos en los pagos en las transacciones comerciales, cuya propuesta provisional fue aprobada por la Comisión Europea el 24 de marzo de 1998 [COM(98)126 final].

Así se indicó en nuestras observaciones de 2 de febrero, por lo que si Economía y Hacienda sostiene su criterio de no incorporar plenamente al anteproyecto el contenido de la citada Recomendación, desconociendo el mandato de la disposición transitoria decimoctava de la Ley 66/1997, consideramos acertada la supresión de tal mención en la Memoria.

3. *Intervención del Consejo de Estado*

Como indicamos, el nuevo texto del anteproyecto acoge la observación, calificada de esencial, de incorporar al artículo 60.3 la intervención

28 del Consejo de Estado en los supuestos de modificación del contrato previstos en el artículo 102.4 del texto anterior, que se suprime.

4. *Distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas*

Pusimos de relieve que no se recoge en el nuevo texto de 28 de enero de 1999 el criterio del Consejo de Estado relativo a la excesiva restricción del alcance de la legislación básica del Estado a que da lugar la nueva redacción de la Disposición final primera de la Ley. La contestación de Economía y Hacienda señala que la reducción de los artículos se ha verificado al límite de citar como no básicos los artículos 17 a 19, 144 y 162, apartados *a)*, *b)* y *c)*, relativos a la solvencia de los contratistas, fuerza mayor en el contrato de obras, y obligaciones del contratista de gestión de servicios públicos, que el Consejo de Estado entendió incluidos dentro del núcleo de la legislación básica estatal.

5. *Contratos privados*

Como dijimos, no incorpora el nuevo texto la consideración del Consejo de Estado relativa a la calificación jurídica de los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, poniendo de relieve que la Directiva 97/52/CE no los considera en modo alguno contratos privados, sino administrativos, sin perjuicio de que se encuentren excluidos a efectos de la aplicación del Acuerdo sobre contratación pública de la Ronda de Uruguay.

Economía y Hacienda sostiene que tales contratos son privados, sin que se oponga a ello la Directiva 97/52/CE y por ello se mantiene la redacción del artículo 5 recogida en el anterior texto.

Pero con esta solución subsiste la contradicción que apuntó este Centro directivo en relación con la inclusión de estos contratos en el catálogo de contratos administrativos de servicios del artículo 207 de la Ley 13/1995, que pasa así a ser un catálogo de subtipos del contrato de servicios tanto administrativo como privado a efectos de su publicidad. Se sugirió por ello que debería incluirse una norma que puntualice esta cuestión e indique que este catálogo de servicios no presupone el carácter administrativo o privado del contrato que los tenga por objeto, recogiendo un criterio para la determinación de tal carácter, que puede ser el del artículo 8 para los contratos administrativos especiales.

6. *La concesión de obra pública*

En nuestras observaciones indicábamos que no acoge tampoco el nuevo texto las sugerencias del Consejo de Estado en relación con el régi-

men jurídico de la concesión de obra pública, indicando que «en todo caso debe modificarse la nueva redacción del artículo 130.2 de la Ley 13/1995, ya sea manteniendo la redacción todavía vigente, ya sustituyéndola por otra en la que se acogiese las anteriores consideraciones» del Dictamen, efectuadas en el sentido de considerar muy perjudicado el interés público que la Administración representa al flexibilizar el régimen jurídico de este contrato excluyendo la aplicación de las normas reguladoras del contrato de obras –vg. clasificación, replanteo, etc.–, a la prestación consistente en la ejecución de la obra pública objeto de concesión, salvo las relativas a la publicidad sin perjuicio de la ulterior aplicación de las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos a la explotación de la obra ejecutada.

A ello contesta Economía y Hacienda afirmando que la concesión de obra pública, por su definición y regulación en las Directivas comunitarias, responde a la gestión de servicios públicos. Por supuesto que es así en cuanto a la explotación de la obra ejecutada, que debe regirse por las normas del contrato de gestión de servicios públicos. Pero precisamente la ejecución de la obra por el contratista convierte al contrato en mixto, y a ésta primera prestación debe aplicarse la normativa del contrato de obras con mayor amplitud que la prevista en el anteproyecto, que sólo aplica las normas de publicidad y deja fuera las relativas a la clasificación, replanteo, etc.

7. *La subcontratación*

El Consejo de Estado comparte las preocupaciones del sector, que ya puso de manifiesto desde la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1995, y que siguen sin resolverse en la reforma que se proyecta de la misma, a cuyo efecto son insuficientes los nuevos artículos 116 y 116 bis., remitiéndose de nuevo a la necesidad de abordar el problema a la hora de trasponer la futura Directiva sobre retrasos en los pagos en las transacciones comerciales.

Es cierto, como señala Economía y Hacienda, que el artículo 8 de esta Directiva no existe en la actualidad. Pero con ello sólo se pone de relieve la inexistencia de una obligación actual de trasponer esta norma, no la falta de conveniencia de hacerlo con ocasión de esta reforma, que es lo que sugiere el Consejo de Estado, habida cuenta de las preocupaciones del sector, que comparte el alto órgano consultivo, y que aconsejan regular estas cuestiones «dando una solución a un problema real que merece consideración», como ya puso de relieve en su dictamen 304/96, aprobado en la Comisión permanente del día 22 de febrero, relativo al proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la Ley 13/1995.

8. *Prohibiciones de contratar*

Se señaló que el nuevo texto no suprime la exigencia de que la sentencia condenatoria a que se refiere la letra a) sea firme, lo que el Consejo de

28 Estado considera excesivo, a lo que Economía y Hacienda contesta que podría ir en contra de la presunción de inocencia, además de plantear problemas de complejidad si se rechaza a condenados por sentencia no firme, si se revoca.

Con ello se desconoce que la presunción de inocencia es precisamente destruida por las sentencias condenatorias, aunque no sean firmes, y no se tiene en cuenta la necesidad de garantizar una eficaz tutela del interés público, que lleva al Consejo de Estado a postular la supresión de esta exigencia.

9. *Mesa de Contratación*

Tampoco se acoge el criterio del Consejo de Estado en lo relativo al mantenimiento del carácter preceptivo de la Mesa de Contratación en el procedimiento negociado, o de introducirse criterios objetivos en los que haya de basarse el carácter potestativo de su constitución, que se diseña de forma absolutamente discrecional para el órgano de contratación.

No responde a esta observación la contestación de Economía y Hacienda de no estar clara la función de la Mesa de Contratación en el procedimiento negociado, que en todo caso no excusa la necesidad de introducir elementos reglados que moderen la absoluta discrecionalidad de la norma.

II. SOBRE ANTERIORES INFORMES DE LA DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

Artículos 12 y 14.

Reiteramos que, aunque los efectos económicos del arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra sean muy similares a los de la compraventa con precio aplazado, desde el punto de vista jurídico no hay tal similitud, y se trata de contratos diferentes, de naturaleza jurídica diferente, sin que se ajuste a la misma la calificación del arrendamiento financiero o del arrendamiento con opción de compra como sistemas o modalidades de pago de otro contrato, siendo como son contratos en sí mismos.

Economía y Hacienda desconoce esta evidencia afirmando que nunca pueden calificarse como contratos autónomos, sino modalidades de pago de otro contrato, generalmente de suministro.

Contradice con ello su propia propuesta, pues en el anteproyecto «se admiten, con ciertos límites, las figuras de los contratos de arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra» (Exposición de Motivos), y modifica el artículo 172, relativo al concepto del contrato de suministro, para el que se propone la siguiente redacción:

«A los efectos de esta Ley, se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso.»

El arrendamiento financiero y el arrendamiento con opción de compra son figuras contractuales específicas, como la compraventa y el arrendamiento de bienes muebles, por más que en la contratación pública se incluyan como modalidades del contrato de suministro, y en este sentido pueda decirse que no son contratos autónomos. Pero al igual que no se diría que el arrendamiento no es un contrato distinto de la compraventa, tampoco puede afirmarse que el arrendamiento financiero y el arrendamiento con opción de compra no son contratos distintos de la compraventa con precio aplazado, de modo que aunque sus efectos económicos sean similares, no producen los mismos efectos jurídicos, por ejemplo en lo que hace al momento en que se transmite la propiedad de los bienes.

Por ello se dijo que la mención de estos contratos en el artículo 14, que se justifica, como queda dicho, por la equivalencia de sus efectos económicos con los del aplazamiento del pago de los contratos traslativos del dominio, debe respetar no obstante la naturaleza jurídica de aquellos, de modo no los califique como sistemas o modalidades de pago de los contratos sino como contratos a los que no se aplican las disposiciones de los apartados 3 y 4, sino su régimen específico recogido en un nuevo apartado 5.

Y lo mismo debe decirse a la mención que de estos contratos hace la nueva letra c) del apartado 2 del artículo 12, y el apartado 2 del artículo 104.

Artículo 25.

En nuestras observaciones indicábamos que la modificación efectuada del apartado 1, segundo párrafo, no se corresponde con la finalidad perseguida, según la justificación que se invoca de la misma, pues no se recoge la posibilidad de restablecer, mediante Real Decreto, la exigencia de la clasificación exceptuada por norma reglamentaria anterior, como parece que era el propósito, sino que se dice literalmente que *«por Real Decreto podrá exceptuarse... o acordar la exigencia de clasificación ... cuando, según las disposiciones vigentes, tal requisito no sea exigible...»*, lo que parece atribuir una habilitación mayor al Gobierno, que permita en lo sucesivo que por vía reglamentaria se modifiquen los supuestos en que la Ley no exige clasificación. Debería decirse *«restablecer... cuando tal requisito se hubiera exceptuado»* en lugar de *«acordar... cuando tal requisito no fuera exigible»*.

Se contesta por Economía y Hacienda que carece de sentido limitar la acción del Gobierno a restablecer, mediante Real Decreto, algo excep-

28 tuado previamente por norma del mismo rango, ya que la decisión de exigir clasificación no puede estar vinculada a actuaciones anteriores, sino a necesidades nuevas que aconsejen adoptar tal acción.

Pues bien, precisamente este era el sentido de la norma según la justificación de la medida recogida en el documento de trabajo de 30 de abril de 1998 sobre el primer anteproyecto, que literalmente entendía que «parece lógico y congruente que si se prevé la posibilidad de suprimir el requisito de la clasificación para determinados grupos y subgrupos, se prevea asimismo la posibilidad de restablecer su exigencia». En nuestra observación nos limitamos a poner de relieve la contradicción entre esta finalidad perseguida de «restablecer» la exigencia de clasificación previamente suprimida por el Gobierno y el alcance de la modificación del artículo 25, que incluye la posibilidad de «acordar» *ex novo* la exigencia de clasificación cuando este requisito no fuera exigible según las disposiciones vigentes.

Y por tales disposiciones vigentes sólo puede entenderse las reglamentarias que previamente hubieran exceptuado a determinados grupos y subgrupos de la exigencia legal de clasificación, de acuerdo con la finalidad expuesta por el citado documento de trabajo, porque la ley no exceptúa de tal exigencia a ningún grupo o subgrupo de obras. Ello no supone que el Gobierno esté vinculado por actuaciones anteriores, sino precisamente que existen necesidades nuevas que aconsejan adoptar tal decisión.

Artículos 122 y 125.

Desde las primeras observaciones al articulado del anteproyecto señalamos la inadecuada calificación por el artículo 122 de la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto como condición –se entiende suspensiva– de la ejecución de la obra, ya que el cumplimiento de las condiciones impuestas a los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, pues la obligación condicional sería nula (art. 1115 del Código Civil), y de la redacción del apartado 3 del artículo 125 se deriva que la Administración puede no aprobar el proyecto no sólo por apreciar defectos en el mismo, lo que entraña una valoración objetiva admisible como tal condición, sino también por considerar inadecuados los precios, y esto ya supone una valoración discrecional inadmisibles como condición en términos jurídicos, aunque absolutamente justificada en términos de interés público. En su contestación, Economía y Hacienda parece aceptar este planteamiento, y afirma que la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto son requisitos indispensables para la ejecución de la obra y no constituyen un supuesto cuyo cumplimiento pueda quedar al arbitrio de una de las partes, al venir establecido por la Ley.

Precisamente por eso indicábamos que no era adecuada la expresión del artículo 122, al calificar como condición de la ejecución de la obra la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. Y apuntábamos que es

distinto el hecho de que la Administración no esté obligada a ejecutar la obra si considera inadecuados los precios fijados en el proyecto, como se establece en el apartado 3 del artículo 125, que lo que recoge en definitiva es la posibilidad de desistimiento unilateral de una de las partes, la Administración dueña de la obra, lo que genera derecho a indemnización de daños y perjuicios de la parte contratista, que la ley cifra en el valor del proyecto elaborado. A estos extremos contesta Economía y Hacienda que quedan claros los efectos de la falta de acuerdo sobre los precios, que se produce por mutuo acuerdo, más bien por mutuo desacuerdo.

Se trata, por tanto, de una causa de resolución, sea imputable a la Administración, sea de mutuo acuerdo, con derecho a indemnización del contratista, y así debería consignarse en el artículo 122, prescindiendo de hablar de condición por no ser jurídicamente adecuado, aunque en el sentido coloquial una prestación esté condicionada, esto es, supeditada a la ejecución de la otra, pues sin proyecto replanteado, supervisado y aprobado no puede ejecutarse la obra. Pero como queda expuesto, toda posibilidad de no aprobación del proyecto atribuida a la sola voluntad de la Administración no puede calificarse jurídicamente como condición.

Finalmente, no se considera adecuado que el pliego de cláusulas administrativas deba indicar el momento de fiscalización y aprobación del gasto, y adquisición del compromiso, pues ya lo dice la ley en el nuevo artículo 125.4, y se trata de actos internos de la Administración en el expediente de gasto, y no de cláusulas contractuales, que por lo demás no podrían fijar el momento expresado en términos o plazos, sino que se limitarían a reproducir innecesariamente el precepto legal. Se contesta que el momento de la fiscalización y aprobación del gasto fue introducido en el proyecto a propuesta de la Intervención General, pero no es esto lo que se discute, sino la exigencia de su mención en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por el contrario, lo que sí debería recoger el pliego es la existencia de la «condición» a que se refiere el artículo 122, como recoge la contemplada en el vigente artículo 70.4.

Artículos 141 y 146.

Se dijo que la posibilidad que recoge el artículo 146.2 *in fine* de contratar con un nuevo empresario por el procedimiento negociado sin publicidad las modificaciones no aceptadas por el contratista inicial debería incorporarse por razones sistemáticas al artículo 141, que sólo contempla las obras complementarias, y sabido es que uno y otro concepto no coinciden, como tampoco su régimen jurídico, según ha puesto de relieve el Consejo de Estado en numerosos dictámenes al hilo de la interpretación de los artículos 150 y 153 del Reglamento General de Contratación. Es cierto, como indicó el Ministerio de Economía y Hacienda en su contestación a las anteriores observaciones de este Centro directivo, que ello

28 puede colisionar con las Directivas comunitarias. Pero también lo es que la posible colisión deriva de la admisión de un nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad con independencia de su ubicación sistemática en el artículo 141 o su inclusión en el segundo apartado *in fine* del artículo 146. Así lo reconoce la contestación de Economía y Hacienda a las últimas observaciones, a pesar de lo cual no se aceptan las mismas.

III. SOBRE LA LEY 46/1998, DE 17 DE DICIEMBRE, DE INTRODUCCIÓN DEL EURO

Se indicó en las observaciones de 2 de febrero que en varias ocasiones el texto del anteproyecto incluye una referencia expresa a un importe monetario utilizando la peseta como unidad de cuenta, lo cual es conforme con la modificación del sistema monetario nacional operada por los Reglamentos (CE) 1103/1997, de 17 de junio, y 974/1998, de 3 de mayo, del Consejo, así como con la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, que permiten la utilización de la peseta como unidad de cuenta durante el período transitorio. Así sucede en el artículo 2 apartados 1 y 2; artículo 12, apartado 2; artículo 25, apartado 1; artículo 58, apartado 1; artículo 60, apartado 3, *b*); artículo 94, apartados 2 y 3; artículo 96; artículo 102, apartado 3; artículo 128; artículo 135, apartado 1; artículo 141, *g*); artículo 153, apartado 1; artículo 160, apartado 2, *d*) y *f*); artículo 178, apartados 1 y 2; artículo 183, *k*); artículo 202; artículo 204, apartados 1 y 2; artículo 211, *h*); disposición adicional novena, apartado 4;

Sin embargo, el artículo 30 de ésta última Ley exige que, durante este período transitorio, que se extiende desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre del año 2001, «*los importes monetarios utilizados como expresiones finales en las normas que a partir de dicha fecha se dicten deberán hacer constar a continuación el importe equivalente en la unidad de cuenta euro al tipo de conversión pudiendo en este caso expresar una cifra final en euros con un número de decimales no superior a seis*».

Esta indicación no altera la unidad de cuenta en la que se entiende expresada la disposición en cuestión, que seguirá siendo la peseta, pero facilita la redenominación automática que tendrá lugar al finalizar el período transitorio, conforme al artículo 2 apartado 3 de la citada Ley 46/1998. Los proyectos de normas que elabore la Administración Pública durante este período transitorio deben, por tanto, contener la referida indicación del importe equivalente en euros al tipo de conversión respecto de los importes monetarios que incluyan como expresiones finales denominados en pesetas. El anteproyecto debe cumplir esta exigencia legal.

Economía y Hacienda indica en su contestación que la observación puede aceptarse, pero no respecto del anteproyecto de ley sino en la adaptación del Texto refundido, añadiendo que en tal sentido se incorpora la referencia a la Ley 46/1998 a la disposición final única 2 del anteproyecto. No es acertada la medida, pues la Ley 46/1998 no ha modificado la

Ley 13/1995, cuyo texto puede mantenerse materialmente por ser automática la redenominación que se operará al finalizar el período transitorio. Lo que deriva del artículo 30 de la Ley 46/1998 es una obligación de expresar el importe equivalente en euros de las expresiones monetarias que se incluyan en las normas que se dicten durante este período, y ello alcanza directamente al proyecto de ley de reforma de la Ley 13/1995, que incumple este mandato.

Y no obsta a lo anterior que la revisión de los umbrales pesetas/ecus fijados por las Directivas no tenga lugar hasta el 1 de enero del 2000, aplicándose aquellas en virtud del principio de continuidad que rige tras la introducción del euro.

Por otro lado, se indicó que el Reglamento (CE) 1103/97 del Consejo deroga el anterior Reglamento (CE) 3320/94, y dispone en su artículo 1 que toda referencia al ecu que figure en un instrumento jurídico se entenderá hecha al euro al tipo de un ecu por un euro, por lo que carece de sentido la mención que hace la nueva disposición adicional segunda tanto del ecu como de la peseta. Puesto que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea se expresarán en euros, sería conveniente suprimir del texto de esta disposición adicional la expresión «en unidades de cuenta europeas (ecus), derechos especiales de giro, euros o pesetas».

IV. SOBRE LA HABILITACIÓN DE LETRADOS ESPECÍFICOS PARA SUSTITUIR EN LA MESA DE CONTRATACIÓN A QUIENES TENGAN ATRIBUIDO EL ASESORAMIENTO JURÍDICO DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

En observaciones a la previsión introducida en el nuevo artículo 82 de que *«Reglamentariamente podrán establecerse los supuestos en que formarán parte de la Mesa de Contratación letrados habilitados específicamente para ello en sustitución de quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación»*, se dijo que dicha previsión debe completarse introduciendo una cláusula de salvaguardia de las normas legales y reglamentarias que regulan tal asistencia jurídica, en particular, y respecto al los Abogados del Estado, de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, pues el desarrollo reglamentario específico que se pudiera hacer en materia de contratación pública, y concretamente en cuanto a la composición de la Mesa de Contratación, no puede desconocer ni contradecir aquella normativa, especial y preferente por razón de tal especialidad.

Se propuso por ello añadir al párrafo transcrito un inciso que podría ser del tenor literal siguiente: *«...respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y las demás normas reguladoras de la asistencia jurídica de las distintas Administraciones Públicas»*.

28 La contestación de Economía y Hacienda no acepta la sugerencia, indicando que la redacción actual atiende una propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo para resolver problemas del INSALUD, y la solución de citar sólo al INSALUD parece menos correcta que la que figura en el texto del anteproyecto. Se afirma que es evidente que el desarrollo reglamentario tratará de resolver tal problema, sin que sea oportuno limitar la habilitación reglamentaria a lo dispuesto en la Ley 52/1997, pues dicha limitación habría de establecerse para el resto de las normas que regulan el asesoramiento jurídico en las restantes Administraciones Públicas, organismos y entidades.

No se entiende qué quiere decirse cuando se habla de «limitar la habilitación reglamentaria», pues la misma está efectivamente sujeta a los límites derivados de las normas que regulan la asistencia jurídica de las Administraciones Públicas, de modo que el desarrollo reglamentario específico que se pudiera hacer en materia de contratación pública, y concretamente en cuanto a la composición de la Mesa de Contratación, no puede desconocer ni contradecir aquella normativa, especial y preferente por razón de tal especialidad, como se indicó.

Tampoco es necesario establecer esta salvaguarda de todas las normas que regulan el asesoramiento jurídico de las restantes Administraciones Públicas, organismos o entidades, sino que basta con hacer una referencia genérica a las mismas a continuación de la específica a la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, como se sugirió en el texto que se propuso.