

Dictamen 4/97 (Ref. A.G. Servicios jurídicos periféricos). Carácter excepcional de la ejecución de obras por la propia Administración. Requisitos y características del contrato de colaboración. Posibilidad de celebrarlo empleando el procedimiento negociado o el contrato menor.

La ejecución de obras por la propia Administración tiene un carácter excepcional en el sistema de contratación pública que sigue la legislación española, toda vez que en él se parte del principio del «contratista interpuesto», como el medio más idóneo para la ejecución de las obras del Estado y demás Administraciones Públicas. Dicho principio se asienta sobre los postulados de la concepción liberal del Estado (ineficacia de aquellas Administraciones como constructoras de obras públicas o como gestoras de ciertos servicios públicos, consideración de la actividad pública como supletoria o subsidiaria de la iniciativa privada, libre competencia entre las empresas, etc.), lo que determina que la ejecución de las obras públicas por la propia Administración constituya una excepción o una especie de solución límite a la que sólo en contados casos ha de acudir; tal es el criterio general mantenido en nuestro ordenamiento desde la Ley de Administración y Contabilidad de 7 de julio de 1911 hasta la vigente LCAP.

Configurado con el carácter excepcional que acaba de señalarse el sistema de ejecución de obras por la propia Administración, dicho sistema admite en la legalidad vigente dos modalidades, conforme indica el artículo 153.1, inciso inicial, de la LCAP, según que las obras se ejecuten exclusivamente por los servicios de la Administración a través de sus medios personales o reales o las obras se ejecuten con la colaboración de un empresario particular.

Si la primera de las dos modalidades indicadas no merece, a los efectos que aquí interesan, una especial consideración, puesto que la exclusiva intervención del servicio correspondiente de la Administración en la ejecución de la obra no daría lugar, obviamente, a ninguna relación contractual que tenga por objeto dicha ejecución (sin perjuicio de los contratos que se concierten para la adquisición de materiales precisos para la ejecución de la obra, contratos que, sin duda alguna, han de calificarse como contratos de suministro), no ocurre lo propio en la segunda de las dos modalidades enunciadas, es decir, cuando la ejecución de las obras la efectúan por los servicios de la Administración pero con la colaboración de empresarios particulares, pues esta segunda modalidad da lugar a una relación contractual entre la Administración y el empresario colaborador. Esta segunda modalidad se desdobra, a su vez, en otras dos, según resulta del artículo 191, párrafo segundo, del RCE al disponer que:

«En este segundo supuesto, la autoridad competente podrá contratar con el colaborador el objeto de su gestión o trabajo con arreglo a las siguientes modalidades:

A) Mediante el sistema de coste y costas fijado con arreglo al artículo 67, y con derecho del colaborador a una percepción económica determinada que en ningún caso será superior al 5 por 100 del total de aquéllos.

B) Contratando con la empresa colaboradora la ejecución de unidades completas del proyecto, instalaciones o servicios en base a un precio a tanto alzado, no superior al previsto en el proyecto».

Por consiguiente, la ejecución de las obras por los servicios de la Administración con colaboración de empresarios particulares da lugar a las oportunas relaciones contractuales entre aquélla y éstos, y de aquí que se suscite la cuestión de la naturaleza jurídica de dichos contratos. Esta cuestión queda resuelta por el artículo 153.3 de la LCAP al disponer, como se indicó más arriba, que «cuando la ejecución de la obra se efectúe mediante los contratos de colaboración con empresarios particulares, estos contratos tendrán carácter administrativo, pero no constituirán contratos de obras, ya que la ejecución de las mismas estará a cargo del órgano gestor de la Administración».

La razón de ser del precepto transcrito estriba en que la presencia o intervención de un empresario colaborador tiene, en relación con la ejecución de la obra, un carácter secundario y accidental, sin que, por tanto, altere el presupuesto que constituye la base del sistema de ejecución de obras por la Administración, cual es el de que dicha ejecución es del exclusivo cargo del órgano gestor sobre quien recae íntegramente la responsabilidad de la obra, asumiendo los

riesgos inherentes a ella. Así lo refleja con precisión el artículo 191, párrafo tercero, del RCE, según el cual «los contratos de colaboración tendrán naturaleza administrativa, pero no la de contratos de obras tal como se configuran en este Reglamento, ya que la responsabilidad de la ejecución de la obra seguirá recayendo íntegramente en el órgano gestor de la Administración, sin que al colaborador le alcancen otras que las derivadas del incumplimiento de las cláusulas estipuladas en el contrato o de las instrucciones que como complemento o aclaración de ellas reciba del Director de las obras...». En suma, si el contrato de obra pública, como modulación administración del contrato de arrendamiento de obras regulado en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil, se caracteriza por la obligación que contrae el «conductor» o contratista de ejecutar una obra, asumiendo la correspondiente responsabilidad, difícilmente la relación contractual que media entre la Administración y el empresario colaborador en el sistema de ejecución de obras por la Administración puede calificarse de contrato de obra, cuando la realización de la misma está a cargo del órgano gestor de la Administración, sobre quien recae, por tanto, la responsabilidad por la ejecución de aquélla.

Si, por las consideraciones precedentes, el contrato que media entre la Administración y el empresario colaborador no es un contrato de obras, no por ello el referido contrato pierde su carácter de contrato administrativo, como expresamente lo califican los citados artículo 153.3 de la LCAP y 191, párrafo tercero, del RCE.

Partiendo de la caracterización de los referidos contratos como contratos administrativos procede ya examinar cuál sea el procedimiento o sistema de adjudicación de los mismos. Como se ha dicho más arriba, la IGAE entiende que el procedimiento de adjudicación debe ser el procedimiento negociado, y ello con fundamento en que el artículo 191 del RCE dispone que «la elección de los colaboradores se efectuará en cuanto sea posible previa consulta a más de un empresario entre aquéllos que el órgano gestor de las obras estime debidamente capacitado para estos fines», sistema que se considera equivalente al procedimiento negociado que establece la LCAP (cfr., con carácter general, los artículos 76 y 93 de dicha Ley).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 76.1 de la LCAP dispone que «los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato».

Así pues, y con arreglo al precepto transcrito, la subasta y el concurso constituyen los procedimientos normales de adjudicación de los contratos, siendo aplicable el procedimiento negociado únicamente en los casos taxativamente determinados en la Ley. Ocurre, sin embargo, que la LCAP guarda silencio sobre el procedimiento de adjudicación de los contratos de colaboración a que se refiere su artículo 153.3. Surge así la cuestión de si la falta de previsión legal puede ser colmada mediante la aplicación de la regla que sobre adjudicación de los referidos contratos de colaboración establece el artículo 191, párrafo cuarto, del RCE a que antes de ha hecho referencia y que daría lugar, partiendo de la equivalencia que se aprecia entre el sistema de dicho precepto reglamentario y el procedimiento negociado, a que, cualquiera que sea el supuesto de que se trate de entre los enumerados en el artículo 153.1 de la LCAP, los contratos de colaboración se adjudicasen por el procedimiento negociado.

La resolución de la anterior cuestión ha de tener presente, como punto de partida, la premisa de que las normas del RCE sólo subsisten en cuanto no se opongan a lo establecido en la LCAP (disposición derogatoria única 1.b) de la LCAP); es, por ello, necesario examinar si la aplicación del sistema de adjudicación que establece el artículo 191, párrafo cuarto, del RCE a los contratos de colaboración, cualesquiera que sean los supuestos en que se celebren y las circunstancias que en ellos concurren, es contraria o no al texto legal vigente.

Entre los principios fundamentales de los que parte la LCAP en materia de adjudicación de contratos se encuentran los de publicidad y concurrencia. En el apartado 1.5 de su exposición de motivos se dice que «una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia es la de la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia ...»; por su parte, y en consonancia con esta declaración de la exposición de motivos, el artículo 11.1 de dicho texto legal preceptúa que «los contratos de las Administraciones

Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación».

Pues bien, dada la heterogeneidad de los supuestos contemplados en el artículo 153.1 de la LCAP, que posibilitan la ejecución de las obras por la propia Administración y, por tanto, la celebración de contratos de colaboración con empresarios particulares, este Centro estima que la aplicación del procedimiento negociado como sistema o procedimiento de adjudicación de todos los contratos de colaboración que se concierten en los distintos supuestos que recoge el citado artículo 153.1 sería contraria a los principios de publicidad y libre concurrencia a que aluden el apartado 1.5 de la exposición de motivos de la LCAP y su artículo 11.1. Si, por la restricción que comporta a los referidos principios de publicidad y libre concurrencia, el procedimiento negociado sólo puede aplicarse en casos excepcionales que, por dicha razón, aparecen tasados por la ley para cada clase de contrato (cfr. artículo 76.1 de la LCAP), contravendría esta regla la aplicación del procedimiento negociado a todos los contratos de una determinada clase, como es la de los contratos de colaboración a que se refiere el artículo 153.3 de la LCAP. Dicho en otros términos, si el procedimiento negociado no es un procedimiento de adjudicación propio y exclusivo de una determinada clase de contratos, sino un procedimiento aplicable a los casos especificados por la LCAP para cada clase de contratos (obra pública, gestión de servicio público, suministro, etc.), no se considera admisible referir dicho procedimiento a una clase de contratos, de manera que todos los contratos de esa clase puedan, por razón de su sola pertenencia a ella y abstracción hecha de los supuestos y circunstancias que en ellos concurren, ser adjudicados por el referido procedimiento, y tal es lo que ocurriría si el procedimiento negociado fuese aplicable, como sistema de adjudicación, a todos los contratos de colaboración. Para que lo anterior fuese admisible sería necesaria, dado lo dispuesto en el artículo 11.1 en relación con el artículo 76.1 de la LCAP, una previsión legal al respecto, y tal previsión no se contiene en el capítulo que la LCAP dedica a la ejecución de las obras por la propia Administración ni se deduce de la interpretación de las normas del referido capítulo; de la circunstancia de que el artículo 153.1, inciso inicial, de la LCAP supedita la posibilidad de que se concierten contratos de colaboración a que no se rebase el límite cuantitativo que dicho precepto establece no se deduce que el procedimiento negociado pueda aplicarse a todos los contratos de colaboración, cualesquiera que sean los supuestos y circunstancias en que aquéllos se celebren, máxime si se tiene en cuenta que el límite que establece el artículo 153.1, inciso inicial, de la LCAP es el mismo que se fija en el artículo 135.1 de dicho texto legal y en este último precepto el citado límite se dispone para una finalidad que no guarda relación con la cuestión que aquí se examina, cual es la de publicidad, dentro del ámbito de la Comunidad Europea, de los procedimientos de adjudicación del contrato de obras [...]

Las consideraciones precedentes permiten concluir, a juicio de este Centro, que la aplicación, con fundamento en la regla consignada en el artículo 191, párrafo cuarto, del RCE, del procedimiento negociado como procedimiento de adjudicación propio de todos los contratos de colaboración con empresarios particulares resultaría contraria a la LCAP, por oponerse a los principios de publicidad y libre concurrencia que dicho texto legal sanciona en materia de adjudicación de contratos y sobre los que ésta se basa.

Ahora bien, aunque el procedimiento negociado no se considere aplicable a todos los contratos de colaboración, no por ello debe excluirse la aplicación del mencionado procedimiento en aquellos supuestos que guarden similitud con los casos para los que la LCAP prevé la utilización del procedimiento negociado. Se hace así necesario determinar en qué supuestos sería jurídicamente posible la aplicación del aludido procedimiento como sistema de adjudicación de los reiterados contratos de colaboración a que se refiere el artículo 153.3 de la LCAP.

Dado que, como se ha dicho más arriba, la LCAP guarda silencio sobre el procedimiento de adjudicación de los contratos de constante referencia y que el procedimiento negociado sólo es aplicable en los casos taxativamente establecidos para cada clase de contrato (obra pública, gestión de servicio público, suministros y contratos regulados en el Título IV del libro II de la LCAP), la resolución de la anterior cuestión pasa, a juicio de este Centro Directivo, por determinar a qué clase de contratos de los indicados es asimilable la categoría de los contratos de colaboración a que se refiere el presente informe.

Puesto que, según el artículo 153.3 de la LCAP, los contratos de colaboración no constituyen contratos de obras, y, por otra parte, no cabe apreciar en aquéllos las notas definidoras de los contratos de gestión de servicios públicos o de los de suministro, es razonable entender que los aludidos contratos se asimilan a los contratos de consultoría y asistencia, de servicios [...] partiendo de la asimilación de los contratos de colaboración a que se refiere el artículo 153.3 de la LCAP a los contratos regulados en el Título IV del Libro II de dicho texto legal y, preferentemente, de entre dichos contratos, a los de consultoría y asistencia y de servicios, se estima fundado concluir que el procedimiento negociado sólo podrá utilizarse para la adjudicación de los contratos de colaboración en aquellos supuestos para los que, en relación con los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, la LCAP prevé la utilización del referido procedimiento, es decir, en los casos contemplados en los artículos 210 y 211 del referido texto legal, sin que, dada la diversidad de dichos casos y la heterogeneidad de los supuestos en que, con arreglo al artículo 153.1 de la LCAP, es admisible la celebración de contratos de colaboración, pueda excluirse «a priori» la aplicación de alguno o algunos de los casos previstos en los citados artículos 210 y 211 a los supuestos en que cabe la celebración de contratos de colaboración. En definitiva, la aplicación de alguno de los dos preceptos que se acaban de mencionar sólo podrá tener lugar en función de lo que resulte del análisis del concreto supuesto que se considere; en los demás casos, el procedimiento de adjudicación habrá de ser la subasta o el concurso.

Sentada la anterior conclusión, debe señalarse que en los casos en que, según lo dicho, pueda utilizarse el procedimiento negociado, y salvo lo que más adelante se indicará en relación con los contratos de colaboración que, por razón de su cuantía, puedan conceptuarse como «contratos menores» o que se concierten en el supuesto a que se refiere el artículo 153.1.d) de la LCAP (ejecución de obras que se consideren de emergencia), la utilización del mencionado procedimiento exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 93 del citado texto legal, lo que supone la solicitud de ofertas de empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato sin que su número sea inferior a tres, siempre que ello sea posible, la fijación con la seleccionada del precio del contrato, dejando constancia de todo ello en el expediente [...]

Se plantea, en segundo lugar la cuestión relativa al cumplimiento de los requisitos especificados en el artículo 11.2 de la LCAP en los contratos de colaboración.

Como tiene declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en informe de 7 de marzo de 1996 (referencia 40/96), el apartado 2 del artículo 11 de la LCAP fija los requisitos generales para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en dicho texto legal. Los requisitos correspondientes a los apartados a) competencia del órgano de contratación, b) capacidad del contratista, c) determinación del objeto del contrato y d) fijación del precio, necesariamente han de cumplirse por ser requisitos sin los cuales no puede celebrarse ningún contrato, ni podría, en lo referente a la determinación del objeto, conocerse la clase de contrato de que se trata. Los requisitos señalados en los apartados e) existencia de crédito adecuado y suficiente, g) fiscalización previa de los actos de contenido económico y h) aprobación del gasto por el órgano competente para ello, no son consecuencia de la naturaleza propia del contrato, sino de lo establecido en las correspondientes normas aplicables a las distintas Administraciones Públicas en el proceso de ejecución de sus respectivos presupuestos; finalmente, los requisitos de los apartados f) tramitación del expediente con incorporación de los pliegos de cláusulas que regirán el contrato e i) formalización del contrato, son requisitos propios del sistema procedimental de los contratos.

Como ya queda apuntado, no cabe duda de que los requisitos consignados en los apartados a), b), c) y d) del artículo 11.2 de la LCAP necesariamente han de cumplirse en relación con los contratos de colaboración a que se refiere el artículo 153.3 del texto legal de continua referencia, por cuanto que se trata de requisitos imprescindibles para que pueda considerarse la existencia de un contrato; igualmente, han de cumplirse también, en relación con los referidos contratos de colaboración, los requisitos consignados en los apartados e), g) y h) del citado artículo 11.2 en cuanto exigencias impuestas por las normas que disciplinan el proceso de ejecución de los presupuestos de las diferentes Administraciones Públicas.

Así las cosas, resta por examinar lo relativo al cumplimiento de los requisitos consignados en los apartados f) «tramitación del expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto» e i) «formalización del contrato».

Como se ha indicado en el fundamento jurídico precedente, los contratos de colaboración a que se refiere el artículo 153.3 de la LCAP, aun no constituyendo contratos de obras, no dejan de ser contratos administrativos. Pues bien, en cuanto contratos administrativos, y sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, los contratos de colaboración quedan sometidos a las prescripciones del artículo 68 de la LCAP, que dispone:

«1. A todo contrato administrativo precederá la tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo, que comprenderá la del gasto correspondiente y, en su caso, la del pliego de cláusulas administrativas particulares que haya de regir el contrato.

2. En el expediente se recogerán, también, las prescripciones técnicas a las que haya de ajustarse la ejecución del contrato, el certificado de existencia de crédito siempre que el contrato origine gastos para la Administración y la fiscalización de la Intervención, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley».

En efecto, dado que el requisito de tramitación del expediente a que alude el apartado f) del artículo 11.2 de la LCAP, y cuyo contenido precisa el artículo 68 del aludido texto legal, es un requisito necesario para la celebración de los contratos administrativos y que su inaplicación ha de estar expresamente establecida por la propia LCAP, conforme se indica en el artículo 11.2, inciso inicial, de ella («...salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley...»), se cumplen las dos condiciones que dan lugar a la aplicación del requisito establecido en el apartado f) del artículo 11.2 de la LCAP y desarrollado en su artículo 68, pues, por una parte, los contratos de colaboración son contratos administrativos y, por otra, no se contiene en el capítulo que la LCAP dedica a la ejecución de obras por la Administración ninguna norma que expresamente excepcione el cumplimiento del requisito que se examina.

Las consideraciones que anteceden (carácter administrativo de los contratos de colaboración e inexistencia en la LCAP de una norma que dispense o excepcione su cumplimiento) son igualmente aplicables en relación con el requisito establecido en el apartado i) del artículo 11.2 de la LCAP (formalización del contrato), por lo que dicho requisito ha de ser también cumplido en los contratos de colaboración a que se refiere el artículo 153.3 de la LCAP.

La aplicación a los reiterados contratos de colaboración de la exigencia establecida en el artículo 11.2.f) de la LCAP, con el contenido que precisa su artículo 68, así como de la exigencia consignada en el apartado i) del precepto primeramente citado, tiene, sin embargo, dos excepciones, cuales son la de los contratos de colaboración que deban considerarse como «contratos menores» y la de los contratos de colaboración que se celebren en el supuesto a que se refiere el artículo 153.1.d) de la LCAP (ejecución de obras que se consideren de emergencia).

Por lo que se refiere, en primer lugar, a los contratos de colaboración que deban considerarse como «contratos menores», el artículo 57 de la LCAP dispone que «en los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía, de conformidad con los artículos 121, 177 y 202, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos...». Así pues, y con arreglo a este precepto, frente al conjunto de actuaciones que, según establece el artículo 68 de la LCAP, integran la tramitación del expediente administrativo de contratación, en los denominados «contratos menores» la tramitación del referido expediente queda simplificada, reduciéndose a la aprobación del gasto y a la incorporación a aquél de la factura que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos, sin que, como se indicó en la primera de las conclusiones del informe de este Centro Directivo de 10 de junio de 1996 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 6/96) sea obligada la formalización escrita del contrato. Dicho lo anterior, y puesto que los contratos menores se definen exclusivamente por su cuantía, se suscita la cuestión de delimitar el concepto de «contrato menor» en relación con los contratos de colaboración, dado que la LCAP no contiene, a propósito de los

contratos últimamente citados, ninguna previsión al respecto. Esta cuestión también ha sido ya examinada por este Centro en su informe de 9 de abril de 1996 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 1/96) a que antes se ha hecho referencia y en el que se concluye, partiendo de la asimilación que puede realizarse entre los contratos de colaboración y los contratos de consultoría y asistencia o los de servicios, que los contratos de colaboración que celebre la Administración al amparo del artículo 153.3 de la LCAP tendrán la consideración de «contratos menores» cuando su presupuesto sea inferior a 2.000.000 de pesetas (cfr. artículo 202 de la LCAP).

En suma, y por las consideraciones que anteceden, en aquellos contratos de colaboración cuyo presupuesto sea inferior a 2.000.000 de pesetas el órgano de contratación puede tramitar el expediente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57 de la LCAP. Sentada esta conclusión, interesa hacer una precisión en relación con la adjudicación de los contratos de colaboración que, según lo dicho, puedan conceptuarse como contratos menores. Como se indicó en la primera de las conclusiones del informe de este Centro Directivo de 19 de julio de 1995 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 11/95), el término «expediente» que emplea el artículo 57 de la LCAP ha de interpretarse en el contexto de dicho precepto en el sentido amplio equivalente al conjunto de actuaciones que pueden llegar, incluso, hasta la adjudicación del contrato; así las cosas, y de acuerdo con la segunda de las conclusiones del referido informe, en los contratos que la LCAP califica como menores, y tal calificación será aplicable a los contratos de colaboración cuyo presupuesto sea inferior a 2.000.000 de pesetas, no es obligado proceder a la constitución de la Mesa de contratación y a la tramitación de un ulterior procedimiento de adjudicación, bastando, como se ha indicado, con la aprobación del gasto y la incorporación de la factura expedida por el contratista.

Por lo que se refiere al segundo de los supuestos antes indicados, el artículo 153.1.d) admite la ejecución de las obras por la propia Administración «cuando se trate de la ejecución de obras que se consideren de emergencia con arreglo a lo previsto en esta Ley». Pues bien, si la consideración de las obras como de emergencia posibilita que su ejecución se efectúe por la propia Administración y, por ende, mediante contrato de colaboración con empresario particular (siempre que no se rebase el límite cuantitativo establecido en el inciso inicial del artículo 153.1 de la LCAP) no cabe duda de que la circunstancia que define el supuesto del citado artículo 153.1.d) —emergencia— ha de afectar también el contrato de colaboración, aunque éste, según lo dicho, no sea un contrato de obra, pues el referido contrato de colaboración es medio para la ejecución de la obra considerada de emergencia. Así las cosas, a los contratos de colaboración que se concierten en la hipótesis del artículo 153.1.d) de la LCAP les será aplicable el régimen dispuesto en su artículo 73, sin que, como indica el apartado 1.a) de este último precepto, el órgano de contratación tenga obligación de tramitar el oportuno expediente administrativo de contratación, pudiendo «ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente ...».