

## EL ITINERARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DE CÁDIZ A NUESTROS DÍAS (PARTE I)

[04/10/2013](#) - [Estudios y Comentarios](#)

El artículo describe el origen normativo de la legislación sobre contratación pública y su evolución hasta nuestros días. Desde ese momento inicial, en que se sientan las bases del Estado y su Administración, se advierte que la Administración Pública, el poder público, necesita garantías de orden económico, técnico y jurídico, cuando contrata la realización de obras o la prestación de servicios, que garanticen su correcta ejecución e impidan al contratista zafio, inepto o de mala fe, ser candidato o adjudicatario en los contratos públicos.

*Jesús Colás Tenas es Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza (1)*

### I.- El debate sobre la contratación pública en XIX: Administración y Derecho Administrativo.

Es un lugar común afirmar que el Siglo XIX, especialmente a partir de 1845 y hasta la <<vicalvarada>> y el bienio progresista de 1854-1855, sienta las bases de la Administración y del Estado español (2). Debemos recordar que en 1843 POSADA HERRERA publica sus *Lecciones de Administración*, las firma como Catedrático de Ciencia de Administración en la Escuela Especial de Administración de Madrid, (creada por Decreto de 29 de diciembre de 1842) y la aparición del Derecho Administrativo se sitúa en la denominada *década prodigiosa* (3), comprendida entre 1840 y 1850.

El Derecho Administrativo surge como interdicción de la arbitrariedad del poder, y como conjunto de técnicas peculiares frente al Derecho común. La fecha de partida de nacimiento del Derecho Administrativo según, VILLAR PALASI, es el 19 de marzo de 1812 con la constitución gaditana, porque en ella pueden encontrarse las garantías de control a los poderes públicos, que hacen que los privilegios comiencen a convertirse en un instrumento al servicio de los ciudadanos (4).

En este entorno, surge como gran animador del Derecho Administrativo, la figura de JAVIER DE BURGOS, y su famosa *Exposición dirigida a S. M. el Sr. D. Fernando VII* desde París, el 24 de enero de 1826, verdadera profesión de fe en la eficacia de la Administración para salvar a España de los males que la aquejaban, que contiene un importante elenco de lo que hoy llamaríamos principios administrativos (5). Partía el ilustre granadino, de los errores administrativos que habían reducido España a una nulidad oprobiosa, que en los años del reinado de Fernando VII había descendido hasta el punto de *estremecer*.

Lo cierto es que en la década prodigiosa, entre otras importantes disposiciones normativas (Leyes de Ayuntamientos y Diputaciones de 8 de enero de 1845, sistema tributario de la reforma MON-SANTILLÁN, Leyes de 2 de abril y de julio de 1845, que instauran la jurisdicción contencioso-administrativa), aparece el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que aprueba la Instrucción de Obras Públicas y la Real Orden de 18 de marzo de 1846, que contiene el primer Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas. Algunos años más tarde llega a la Gaceta de Madrid el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, (con la firma de Juan Bravo Murillo), que en su artículo primero declara que los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas, se celebraran por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta; y el Real Decreto de 27 de julio de 1853 regulará un año después, las normas relativas a la celebración de toda clase de contratos de servicios públicos.

Desde ese momento inicial, en que se sientan las bases del Estado y su Administración, se advierte que la Administración Pública, el poder público, necesita garantías de orden económico, técnico y jurídico, cuando contrata la realización de obras o la prestación de servicios, que garanticen su correcta ejecución e impidan al contratista zafio, inepto o de mala fe, ser candidato o adjudicatario en los contratos públicos (6). Durante todo el siglo XIX, cuando se inicia la legislación de contratos administrativos en España, —en realidad desde que el sistema administrativo que rige la ejecución de las obras es el de *contrata*, pues en raras ocasiones se llevan a cabo directamente por sus agentes—, y sobre ella la figura del contrato administrativo, se debate acerca de cuatro aspectos o cuestiones fundamentales, que marcaran el proceso del discurrir normativo, durante los siglos XIX y XX y aún el siglo XXI, en materia de contratación pública.

Estas cuestiones las podemos inventariar, de forma resumida, en el siguiente orden: 1ª) Cuál es el sistema o principio que debe informar la contratación de las obras (7). El principio o sistema de abono de la obra a tanto alzado, o el principio o sistema de abono de la obra por ajuste a unidades de obra, establecidas previamente. 2ª) La necesidad de que los proyectos de obras tengan el grado de perfección que es dable alcanzar en estas materias, con la finalidad de evitar las modificaciones del contrato y los aumentos de obra. 3ª) La forma de selección del contratista, que vale tanto como decir el procedimiento de adjudicación, y las condiciones y características que debe reunir el contratista de obras públicas. 4ª) La necesidad de evitar los riesgos de corrupción en el proceso de adjudicación contractual. Desde muy temprano se adquiere conciencia de la contratación pública, como campo abonado en el que florecen las prácticas corruptas. De ahí la preocupación por establecer normas precisas que eviten la quiebra de la legalidad, de la imparcialidad, que garanticen la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que no se desvíen del objetivo propio de la actuación administrativa: el interés general.

Del recelo que suscita la figura del *contratista* en la Administración, y especialmente en quienes tienen que velar por sus intereses en la ejecución de las obras públicas, da idea precisa el que se descomponga el término contratista (medio en broma, medio en serio) en la forma tan conocida <<*contra ti está*>>. Un reconocido ingeniero de caminos experto en obras públicas, Salvador CANALS ALVAREZ, seguía afirmando en 1942, que la Administración no contribuye a seleccionar a los contratistas, pues admite a cualquiera que disponga del importe de la fianza, de manera que no se previene contra los posibles indeseables, sin duda para dar la máxima amplitud a la licitación y para que no pueda pensarse en parcialidades o favoritismos, y lo único que hace es armar a sus funcionarios con esa especie de *trabuco*, que se llama Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas (8).

Reseñamos a continuación el contenido y extensión de los temas que suscitaban el debate, y que marcan el camino y evolución de la legislación sobre contratos y la aparición del concepto de contrato administrativo.

*1.- Los sistema o principios de ejecución de las obras públicas: del tanto alzado al ajuste por unidades de obra.* De una parte encontramos el sistema de tanto alzado, que consiste en ajustar la obra, o por unidades de trabajo más o menos considerables, en una suma fija, estipulada de antemano, sin tener en cuenta para su abono, ni las operaciones practicadas, ni los medios auxiliares empleados en la construcción. Las ventajas de este sistema, sencillo y expedito para la Administración, tiene como ineludible condición que la obra objeto del contrato esté perfectamente definida en su situación, forma, dimensiones, composición y clase de materiales. El inconveniente es que excluye cualquier modificación en el proyecto, cualesquiera que sean las causas que la motivan o las ventajas que con ella se alcanzaran. Empezados los trabajos, toda alteración de lo estipulado constituye en rigor una novación del contrato, que en la mayor parte de los casos obliga a resolver (rescindir en la terminología de la época) el contrato, perturbando la marcha de las obras, y dando derecho al contratista a reclamar el abono del perjuicio ocasionado.

Este sistema de obras a tanto alzado, es el que prácticamente se sigue en España, desde que se instaura la ejecución de obras por contrata, hasta la real Orden de 16 de marzo de 1846, que aprueba el primer Pliego de Condiciones Generales para los contratos de obras públicas de caminos, canales y puertos, —con algunas correcciones en el Pliego de Condiciones Generales aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861—, que llega a su madurez en el Real Decreto de 11 de junio de 1886, por el que se aprueba el tercer Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas (que deroga el Pliego de 10 de julio de 1861), siendo Ministro de Fomento Eugenio Montero Ríos (9), y en el que se introduce la necesidad de efectuar el replanteo previo de las obras antes de la subasta, con la finalidad de evitar presupuestos adicionales y modificaciones del proyecto antes del inicio del contrato. El sistema de obras a tanto alzado cayó en desprestigio, precisamente por la dificultad de introducir modificaciones en la ejecución de las obras y la

resolución del contrato a que obligaba.

De otra parte, y como reacción al sistema de obras a tanto alzado, se instauró el sistema de ajuste por unidades de obras. En este sistema, que era el seguido en Francia, es necesario medir y clasificar las unidades de obras que resultan ejecutadas al finalizar los trabajos para deducir el total de la suma que debe abonarse al contratista. Se paga al contratista la obra que realmente ejecuta y en las condiciones en que la realiza. La práctica, sin embargo, acredita la dificultad de este sistema pues las reclamaciones de los contratistas, sobre mediciones, unidades y precios, se multiplicaban indefinidamente, dando lugar a interminables litigios. Este es el sistema que se instaura en 1846 y que impera en la actualidad.

Sin embargo siempre ha habido intentos de volver al sistema de tanto alzado, que tuvo grandes defensores. Por Real Decreto de 13 de febrero de 1868, siendo ministro Manuel Orovio Echagüe, se nombra una comisión compuesta de inspectores, ingenieros y catedráticos de Derecho Administrativo y de construcción de carreteras en la Escuela de Caminos, para que estudien y fijen todo lo necesario para contratar la construcción de las obras de carreteras por un tanto alzado (10). En realidad el sistema de contratación de obras públicas es objeto de permanente debate (11), y ha ido vinculado al sistema de financiación de las mismas. Así el <<sistema alemán>> o <<llave en mano>>, conocido entre nosotros por el desarrollo que efectuó el RD 704/1997, de 16 de mayo, por el que se reguló el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra, bajo la modalidad de abono total del precio, contraponiéndose al tradicional reflejo presupuestario de los créditos necesarios para hacer frente a las certificaciones de obra, no deja de ser una variante del sistema de tanto alzado.

*2.- El contenido del proyecto técnico y los pliegos de condiciones: la necesidad de evitar los aumentos de obra.* Para definir con precisión la ejecución de las obras (objeto del contrato) y evitar los excesos, aumentos, modificaciones y presupuestos adicionales de obras (consignación presupuestaria), si es que tal circunstancia se ha podido evitar alguna vez, y con el trasfondo de un intenso debate entre ingenieros, letrados y contadores —servidores todos ellos de la nueva Administración Pública—, la normativa sobre contratación pública intentará, desde sus inicios, definir los contenidos del proyecto técnico (unidades, mediciones, valoraciones, planos ...etc.) y las condiciones que deben regir su ejecución. Este es el origen de la aparición y aprobación de los Pliegos Generales de Condiciones para la Contratación de las Obras Públicas, y los correspondientes formularios para su aplicación, que se suceden con la misma frecuencia que la primavera. Aunque hasta la Ley de Contratos del Estado de 1965 no se definiría en qué debía consistir un <<proyecto de obras>>, definición que se completa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995. Sobre la necesidad de tales documentos, el contenido y alcance de sus prescripciones, la mejora de los mismos, los problemas que generan y los pleitos que causan, hay toda una serie de artículos de aguda prosa, habitualmente suscritos por ingenieros de caminos, en la *Revista de Obras Públicas* (12) que no por casualidad se funda en 1853.

*3.- La forma de selección del contratista y el procedimiento de adjudicación.* En el Siglo XIX se toma conciencia de la necesidad de arbitrar cauces o procedimientos precisos, para la seleccionar a los contratistas de las Administraciones, aunque de todos ellos la subasta se convierte en el paradigma de la imparcialidad, y de la conveniencia de su regulación casi ritual, detallada, minuciosa, con el fin de alejar toda sospecha de favor y garantizar la imagen y el prestigio de las Administraciones Públicas. *Subasta, licitación y remate*, son términos e instituciones jurídicas que se acuñan con nuevo alcance y sentido, y dominan, desde el inicio de la legislación contractual, con valor propio y distinto, la normativa sobre la que se soporta el discurrir y funcionamiento de la nueva Administración emergente en materia de contratación.

No fue pacífica la introducción de la subasta. Durante mucho tiempo se consideró que la subasta limitaba la autonomía del municipio y cercenaba la libertad de acción municipal. Todavía en 1908, durante el debate del Proyecto de Ley de Régimen Local de 1907, ANTONIO MAURA tendrá ocasión de defender, que “todas las cosas que la Ley, la soberana Ley, instituye para que la representación se mantenga fiel y para preservar los intereses depositados en ajenas manos de las flaquezas humanas y de las deficiencias que la acción misma puede en su camino suscitar, son servicios a la autonomía y no limitaciones de ella, servicios en que cabe errar o acertar, pero nunca confundirlos con limitaciones que se pusieran y pautas que se trazaran al ejercicio de la autonomía municipal. La necesidad de proceder por subasta, la limitación en la gestión de los administradores, en cuanto la limitación es requisito que ha de tener garantía de acierto, intervención en la publicidad, definición de formalidades para que las responsabilidades queden fijas y para que los aciertos sean más fáciles, eso no es nunca para mí limitación de la autonomía municipal”. Y, añadiría que “cuando se

llama a una subasta, no se dice nunca, ni se puede decir, dentro del Municipio, porque entonces se diría dentro de la calle, o cualquier disparate por el estilo; se llama a todos los que pueden concurrir, y pueden concurrir los extranjeros con los nacionales unas veces y sólo los nacionales otras, sin limitación ninguna” (13).

La <<subasta>> es un acto público y solemne acordado y dirigido por la Administración, para la realización de ciertos contratos de interés de la misma, mediante licitación a adjudicación al mejor postor. La <<licitación>> se configura como el acto de licitar, es decir de pujar o fijar precio a la subasta. Y, finalmente, el <<remate>> es la adjudicación que se hace de los servicios u obras que se estipulan por la Administración, a favor de quien mayores ventajas ofrezcan para ello. Inicialmente se produce cierta confusión conceptual en torno a la subasta, acerca de si es un procedimiento o un acto administrativo (en el sentido que hoy damos a ambas instituciones del Derecho Administrativo). Frente a una opinión muy generalizada y algunos años después del inicio de la cuestión, se pondrá de manifiesto que la subasta no es, en sí misma, un acto administrativo, puesto que el verdadero acto —el que tiende a reconocer, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas— es el remate, fruto de la licitación, o más concretamente la adjudicación definitiva. En efecto, la subasta no es otra cosa que el conjunto de trámites coordinados e inexcusables en la generación del contrato, para garantizar el interés público que la Administración representa. Concurrencia, publicidad, solemnidad, son las tres principales fases que ha de seguir este auténtico proceso administrativo hasta llegar a la perfección contractual, mediante la adjudicación —a quien resulte haber presentado la mejor oferta—, acto que asemeja la resolución final de aquel proceso.

El Real Decreto de 27 de febrero de 1852 añade además en la fase de preparación del contrato, la necesidad y obligación del <<anuncio de licitación>>, que tiene que expresar la forma en que debe tener lugar la subasta, el modelo de proposición, que deberá presentarse “necesariamente por escrito” y “en pliegos cerrados” (principio del secreto de las proposiciones), el lugar, día y hora, y la autoridad ante la cual ha de verificarse el acto, tipo o precio que haya de servir de base a las ofertas y la fecha que se señale para las vista de proposiciones y documentos complementarios.

*4.- La preocupación por atajar las prácticas de corrupción en la adjudicación de contratos: la eterna cuestión de la honradez.* La preocupación por atajar la corrupción (14) y sujetar a quienes tienen la tentación de anteponer los particulares intereses sobre los generales, haciendo oídos sordos a los sabios consejos de la décima espinela de Diego Gómez Marinque (15) grabados en las Casas Consistoriales de Toledo, es una constante de la legislación sobre contratación pública de todo el siglo XIX, que se proyecta en el siglo XX (16) y se mantiene en el siglo XXI. Ya cuando se aprueban las reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas por Real Decreto de 27 de febrero de 1852, la preocupación del legislador está dirigida a atar corto al menos a los empleados públicos, y, así, su exposición de motivos, expresa que se trata de “evitar los abusos fáciles de cometer, en una materia de peligrosos estímulos [protegiendo] a la Administración contra los tiros de la maledicencia”, por lo que se previene que “los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas, se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta”.

La contratación del Estado, de las Administraciones Públicas, y de la Administración Local se encuentra siempre con la tensión entre la eficacia y el aseguramiento de la limpieza en las adjudicaciones (17), además de otro factor, la complejidad normativa y burocrática, que puede, o no, asegurar esa limpieza e incluso, si funcionara correctamente, la propia eficacia.

## **II.- La formación del concepto de contrato administrativo y de obra pública.**

La contratación pública es una técnica instrumental a través de la cual, la Administración Pública satisface determinadas necesidades, o atiende a las prestaciones, que siente o precisa para el cumplimiento de sus fines, cuando los medios propios con los que cuenta no son suficientes para ellos. De ahí que suela afirmarse desde antiguo que la causa del contrato en la Administración es siempre la necesidad, en contraposición a la utilidad, causa general de todos los contratos según la doctrina del XIX. Es en la segunda mitad del siglo XIX cuando aparece en el marco normativo, y en el doctrinal, la figura del contrato administrativo. Hasta entonces la Administración Pública utilizaba las instituciones de Derecho Privado. El nacimiento de la institución del contrato administrativo no fue en absoluto pacífico, incluso la discusión sobre su necesidad y existencia, sobre su independencia como institución jurídica distinta del contrato privado, dura hasta

nuestros días. Inicialmente se negó la especialidad de la contratación administrativa. Para SANTAMARIA DE PAREDES, los contratos de obras y servicios públicos eran esencialmente civiles, aunque por razones especiales debían residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. La Administración obra y actúa en ellos como persona jurídica y no como autoridad pues, se dirá, nadie obliga a contratar con la Administración.

La polémica se alimenta, según señala GARCÍA DE ENTERRIA (18), sobre la inicial contradicción que parece darse, en pretender insertar en el Derecho Público la figura por excelencia del Derecho Privado, el contrato, figura que parece difícilmente conciliable con las notas que tradicionalmente vienen marcando el Derecho Público, la desigualdad de las partes, la autoridad imperativa de la Administración, concebida como una *potentior* persona, el poder de mando y la prerrogativa (19). El camino hacia el entendimiento de cuál es la posición de la Administración Pública cuando contrata, si lo hace como un particular más (como parte en el sentido civil del término) o como autoridad (en el ejercicio de una potestad), se extiende hasta nuestros días.

En todo caso, en España la aparición del contrato administrativo tiene mucho que ver con la venta de bienes desarmonizados (20) y con los suministros al ejército. Como señala y describe ARIÑO (21) : "la venta de bienes desamortizados, que en sí misma era una pura compraventa de Derecho civil, se declara contrato administrativo porque el Estado no quiere ver sometidas dichas ventas a los riesgos que podrían derivar de la aplicación de una normativa estricta, como era el Derecho civil, en cuanto a la validez y estabilidad de la misma. Es decir, la operación desamortizadora era una operación de tal importancia política, tal y como se veía en los comienzos del XIX, que en ningún caso el Estado quiso que pudiera resultar frustrada por una aplicación estricta de un derecho que exigía una serie de justificaciones del título de adquisición, de inscripciones registrales, de determinación exacta de las medidas de las fincas, que establecía un régimen de retractos, de error de lesión...". Las reglas que se aplican a estos contratos: "inaplicación de la doctrina de los cuerpos ciertos, del régimen de lesión, de la doctrina general de los vicios del consentimiento (salvo supuestos flagrantes: por ejemplo, venta de una finca por otra), del régimen de retractos, la drástica reducción de los plazos para reclamar contra las ventas [...] estos contratos [...] no constituyen una simple relación de justicia conmutativa entre partes sino que por encima y antes que eso, el Estado persigue un fin colectivo, de fomento de la riqueza nacional, de justicia distributiva, de saneamiento financiero de la Hacienda. Y estos fines que son los primarios no pueden verse burlados por unas disposiciones legales que miran únicamente al interés particular".

Una evolución similar, y consiguiente depuración conceptual, se da en relación con las obras públicas (22), aquellas que tienden a satisfacer necesidades sociales o se están destinadas a servicios del Estado, provincia o municipio. La Ley de 13 de abril de 1877 considera obras públicas, las de general uso y aprovechamiento; y de utilidad pública las relativas a cualquier usos o mejoras que cedan en bien general. Se aprecia, por consiguiente, en el concepto de obra pública: primero el destino, y segundo, su afectación.

### **III.- La legislación sobre contratación pública en el XIX. La generalización de la subasta como procedimiento de selección y adjudicación del contrato (23).**

Conviene realizar un breve recorrido por la normativa que ha marcado y determinado nuestro hacer en materia de contratación. Veremos así, como se van solucionando las grandes cuestiones de la contratación a que hemos aludido, y de donde proceden muchas de nuestras actuales prácticas en cuanto a los procedimientos de adjudicación de los contratos se refiere.

1.- *Real Decreto de 10 de octubre de 1845 y Real Orden de 16 de marzo de 1846* . La aprobación de la Instrucción de Obras Públicas, por Decreto de 10 de octubre de 1845, supone el principio de la legislación sobre contratación administrativa en nuestro Derecho. La Real Orden de 16 de marzo de 1846, aprueba el pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas. Por Real Orden de 16 de abril de 1846, se remite a los jefes políticos el pliego de condiciones generales para los contratos de obras públicas, que prácticamente es una regulación exclusiva del procedimiento de subasta cuyos rasgos característicos son la publicidad y su solemnidad (celebrado con aparato y ceremonia). Hasta la aparición de estos instrumentos normativos, la contratación en España se realizaba por una suma fija, el denominado sistema de tanto alzado. Se requería, en consecuencia, una definición perfecta de la obra. Se encontraba además, prohibida la modificación de los proyectos, fueran las causas que fueran las que lo motivaran. La rigidez de tal sistema, aparte de las obvias perturbaciones en la marcha de las obras, produjo el descrédito del sistema, su

abandono, y la búsqueda de nuevas formas de encarar el proceso de la contratación pública (24).

El Pliego de 1846 fue muy duramente criticado, pues no contenía un estudio detenido de la naturaleza del contrato que se quería reglamentar. Todas las cuestiones están allí mezcladas confusamente, diría un prestigioso Ingeniero (25), las condiciones personales del contratista, sus obligaciones y derechos en la ejecución de las obras, el sistema de mediciones y pagos, los aumentos de obra (verdadero talón de Aquiles de la ejecución de obras públicas), los descuentos de garantía, las recepciones, los casos de rescisión y los efectos de ésta, etc., todo aparece allí confundido, algunas veces en el mismo artículo, sin orden ni método alguno; como si el autor se hubiese limitado a dejar correr la pluma, consignando las prescripciones según se iban naturalmente ocurriendo.

2.- *Real Decreto de 27 de febrero de 1852 , Real Orden de 19 de marzo de 1852 y Real Decreto de 15 de septiembre de 1852.* El Real Decreto de 27 de febrero de 1852, norma reglamentaria aprobada por el Consejo de Ministros bajo la presidencia de Bravo Murillo, consagra definitivamente la subasta como procedimiento de adjudicación, aunque se prevén las excepciones oportunas a tal procedimiento, junto al principio de las presentación de las proposiciones en “pliego cerrado”. Es decir, se establece el secreto de las proposiciones que llegará hasta nuestros días. PARADA VÁZQUEZ (26) considera que esta es la norma capital sobre contratación administrativa en nuestro Derecho. El artículo 14 del Real Decreto disponía que su aplicación a los servicios y obras públicas provinciales y municipales, se llevaría a cabo por medio de reglamentos. En realidad tales reglamentos no fueron aprobados, lo que llevó a dudar de si las Diputaciones y los Ayuntamientos estaban sujetos a la observancia de esta norma, o podía entenderse que eran libres para contratar al margen de la misma, a pesar de que la Ley de presupuestos y contabilidad provincial de 20 de septiembre de 1865, y su reglamento de la misma fecha, entendía la plena aplicación del Real Decreto de 1852 a las entidades locales.

La Real Orden de 19 de marzo de 1852, detalla las actuaciones formales que debían seguirse en la celebración de la subasta. Al acto de la subasta se le daba principio haciendo lectura del anuncio de la subasta y del modelo de proposición. Antes de abrirse los pliegos, podían sus autores manifestar las dudas que se les ofrecieran, a continuación se procedía a la apertura de los pliegos presentados. Tras su lectura se declaraba en el acto la postura o proposición más ventajosa, extendiéndose acta formal autorizada por el escribano que interviniese.

El Real Decreto de 15 de septiembre de 1852, establecerá una serie de exigencias y condiciones que deben contenerse en los pliegos, detalla las forma en que deben articularse las excepciones al procedimiento de subasta, amplía los medios de publicidad, exige que consten y figuren las obligaciones que contrae la Hacienda (precedente normativo del actual artículo 109.3 TRLCSP ), y establece varias normas que aportan pureza y rigor al procedimiento licitatorio: la obligación de rubricar en la cubierta cada pliego, y la imposibilidad de retirar bajo ningún pretexto ni motivo el pliego una vez presentado. Normas que, desde entonces, han presidido el procedimiento licitatorio hasta nuestros días.

3.- *Real Decreto de 10 de julio de 1861 y Orden de 3 de mayo de 1869.* Esta norma aprueba el segundo pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas, y se complementaría con los formularios para la redacción de los proyectos de carreteras (aprobados por Real Orden de 12 de febrero de 1878). A la vista de su exposición de motivos, una de las finalidades de su aprobación era ajustar todo lo posible las prescripciones a los principios del derecho común, haciendo desaparecer algunas disposiciones extremadamente rigurosas, que eran causa del retraimiento de los licitadores. Se trataba, en definitiva, de favorecer una relación más equilibrada, en el *sinagrama contractual* (la equivalencia de las prestaciones), entre contratista y Administración. A título de ejemplo, se abandona la incautación de la fianza como mecanismo al servicio de la indemnización, que pueda derivar de la resolución del contrato, y pasará a ser un sistema de determinación objetiva de la responsabilidad.

La Orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1869, siguiente en el curso temporal de las normas de contratación pública del XIX, por la que se aprueban las condiciones generales a las que se sujetaran las subastas para los diferentes servicios de la Armada, tiene como nota de interés la prohibición expresa de adjudicar el remate a ofertas que excedan del tipo de licitación establecido en los pliegos, y la consiguiente obligación de desechar tales proposiciones.

4.- *Real Orden de 18 de junio de 1881.* Esta orden contiene el reglamento provisional para la contratación de

todos los servicios correspondientes al ramo de Guerra. Sigue la regulación del Real Decreto de 1852, contempla la posibilidad de subastas simultáneas (aquellas que se celebran en uno o varios puntos), admite la posibilidad de celebración de una segunda subasta, cuando la primera no hubiera obtenido resultado satisfactorio, regula con especial detalle la publicidad de las subastas, obliga a publicar el modelo de proposición en los anuncios de la licitación, exige que las proposiciones rechazadas sin abrir (o las desestimadas una vez abiertas), se archiven en el expediente licitatorio; y se contempla, por primera vez, la posibilidad de dilucidar los empates mediante sorteo, una vez hubieran contendido entre si los autores de las proposiciones que resultaran iguales y se mantuviera la igualdad. Aparece también, como novedad respecto al Real Decreto de 1852, la obligación de autorizar las actas por todos los miembros de la Junta de subasta, además del escribano, y la necesidad de que fuera aceptada y firmada por el rematante o su apoderado. Este es el origen del vigente artículo 87.3 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RLCAP), que en la práctica tantos problemas ha dado a los secretarios de las mesas de contratación (27).

5.- *Real Decreto de 4 de enero de 1883 del Ministerio de la Gobernación.* Este Real Decreto, dispuso que los contratos que celebren las Diputaciones provinciales ó los Ayuntamientos para toda clase de servicios, obras, compras, ventas y arrendamiento, y en general todos aquellos que hayan de producir gastos ó ingresos en los fondos provinciales ó municipales, se celebren por remate, previa subasta pública. Necesidad que argumenta el Ministro de la Gobernación, a la vista de la no aprobación de los Reglamentos a que hacía referencia el Real Decreto de 1852 para la aplicación de dicha norma a las entidades locales.

Es la primera norma reglamentaria de contratación pública reguladora, de manera conveniente e íntegra y con vocación específica para el mundo local, de la contratación de las entidades locales, que venía rigiéndose por disposiciones desprovistas de coordinación alguna, y por adaptación de las que regulaban el modo de contratar en nombre del Estado. Fue, además, la base de la Instrucción de 26 de abril de 1900, en la que se consignaron muchos de sus preceptos. Se aprovecha, sin embargo en 1883, para introducir importantes novedades, entre ellas la licitación verbal y la minoración de gastos a los contratistas, a la vez que se eleva el tipo a partir del cual es necesario acudir a la subasta en las entidades locales (2.000 pesetas para las Diputaciones provinciales y ayuntamientos capitales de provincia y 500 pesetas para el resto de municipios), en atención a lo costoso que resultaba dicho procedimiento para los contratos de cuantía menor.

Se recoge también la regulación de los contratos plurianuales, y se regula de forma peculiar la fe pública en la subasta. El Secretario de la Corporación podía asistir para dar fe del acto, cuando el importe del contrato no excediese de 15.000 pesetas, cuando se excediese dicha cuantía era necesaria la asistencia de Notario (28). He aquí una muestra del recelo o desconfianza que existía hacía los Secretarios, que se mantendrá a lo largo de siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en cuanto a la fe pública contractual se refiere en la apertura de pliegos, y que llegará hasta las Leyes de 16 de diciembre de 1950 y 24 de junio de 1955, y su desarrollo en el Reglamento de Contratación, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (29), que reservará la intervención del Notario para la formalización del contrato, quedando a cargo del Secretario de la Corporación la fe pública en el ámbito de todo el procedimiento administrativo de licitación y adjudicación.

Se establece de forma clara y precisa, la prohibición para ser contratista, de concejales, secretarios, contadores y empleados dependientes del Ayuntamiento, o Diputación, contratantes. Incluye una exhaustiva regulación del sistema de garantías (fianza provisional y definitiva de hasta el veinte por ciento del remate), admitiéndose la fianza personal (tan extendida hasta no hace muchos años en el mundo municipal), para contratos que no excedieran de 30.000 pesetas ni de un año de duración, y siempre que el fiador fuese vecino de la localidad, estuviese al corriente de la contribución, y el importe de la misma no fuese inferior al tres por ciento de la cantidad afianzada. Se establecían dos modalidades de subastas: la ordinaria y la simplificada, en función de la cuantía del contrato (inferiores a 15.000 pesetas), en la que se licitaba mediante proposiciones verbales y por el sistema de *pujas a la llana* (es decir de viva voz, frente al sistema de pliego abierto o cerrado). También recoge el principio de aceptación incondicionada de las obligaciones del pliego y la norma según la cual únicamente la adjudicación formal del contrato genera derechos en el contratista.

6.- *Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877* . Define legalmente la *obra pública*, entendida como la que sea de general uso y aprovechamiento (los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos, y saneamiento de

terrenos) y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos. En su Capítulo IV, rubricado “De las obras ejecutadas por particulares, para las cuales no se pida subvención ni ocupación de dominio público” y, concretamente, en su artículo 53 que establece que “los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general, y las demás que se enumeran en el artículo 7 de la ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen”. Siguiendo las prescripciones de la LGOP, las infraestructuras objeto de este contrato primitivo de concesión de obra pública, podían ser las carreteras y los ferrocarriles en general, los puertos, los canales de riego y navegación, la desecación de lagunas y pantanos, así como el saneamiento de terrenos insalubres.

En este sentido, y por primera vez de forma clara y precisa en una norma de rango legal, nos encontramos con la posibilidad de que un operador económico (“particulares y Compañías” en terminología decimonónica) participen en la construcción y explotación de infraestructuras públicas a través de la fórmula de la concesión de obra pública. Resulta interesante la regulación que la LGOP realizaba en torno a tres cuestiones esenciales de la concesión de obra pública: el plazo concesional, los requisitos para otorgar la concesión, y el contenido mínimo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Estas cuestiones se trataban por dicha Ley de la siguiente forma. Por lo que respecta al plazo concesional, las concesiones se otorgaban por un plazo máximo de noventa y nueve años, a no ser que la índole de la obra reclamase un plazo mayor, lo cual debería ser siempre objeto de una Ley. Transcurrido el plazo de la concesión, la obra pasaría a ser propiedad del Estado, de la provincia o del Municipio de cuyo cargo fuere. Toda concesión se otorgaría sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los intereses particulares. En segundo lugar, y en cuanto a los requisitos para el otorgamiento de la concesión, la LGOP preveía que para que pudiera otorgarse a un particular o Compañía la concesión de una obra pública se requiriera un proyecto con todos los datos que con sujeción a lo que se dispusiera en los Reglamentos fueran necesarios para formar cabal juicio de la obra, de su objeto y de las ventajas que de su construcción hubiera de reportar a los intereses generales.

Finalmente, en relación con el contenido mínimo de los Pliegos, la mencionada Ley establecía que éste debería ser el siguiente: a) La cantidad que debía depositar el concesionario en garantía del cumplimiento de sus compromisos, la cual sería del 3 al 5 por 100 del presupuesto de las obras. b) Los plazos en que debían empezarse y terminarse los trabajos. c) Las condiciones para el establecimiento y para el uso de las obras que en cada caso se creyeran convenientes, con arreglo a las leyes. d) Los casos de caducidad y las consecuencias de ésta. Así pues, desde finales del siglo XIX, existen instrumentos precisos de colaboración público-privada, en concreto el contrato de concesión de obra pública de la LGOP, que pueden considerarse como el origen natural del actual CPP.

*7.- Real Decreto de 26 de abril de 1900: la Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales.* Finaliza el siglo XIX con la aprobación del Real Decreto e instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales: expedido en 26 de abril de 1900 y modificado por los de 20 de junio y 12 de Julio de 1902 y 21 de Noviembre 1904, siendo Ministro de la Gobernación Eduardo Dato. Aparece por primera vez regulado, aunque de forma escasa, en el ordenamiento jurídico de la contratación local, el concurso como forma de adjudicación del contrato, para casos en que por la naturaleza del objeto contractual, o por la finalidad del mismo, la subasta no satisfaga los intereses de la Administración (arrendamiento y adquisición de inmuebles y muebles). En el concurso se adjudica a la oferta más conveniente frente a la subasta que se adjudica a la más ventajosa. La discrecionalidad que implicaba la fórmula del concurso, pues podía aceptarse o rechazarse la proposición libremente, dice mucho de su extensión y generalización hasta nuestros días. Contiene un mandato especial en relación a la formación de los proyectos, pliegos y presupuestos, para evitar los costosos pleitos y desfases que la ejecución de las obras públicas y la prestación de los servicios, venían padeciendo.

Como vemos nada hay nuevo bajo el sol. Sin duda, el Real Decreto es una llamada al rigor en el estudio y la realización de los proyectos técnicos, que son objeto de licitación en el contrato de obras, y de los pliegos de prescripciones técnicas en el contrato de servicios. Detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones de un contrato y prescripciones de un proyecto técnico; requiere método, estudio de las necesidades que debe satisfacer el proyecto y su asimilación, conocimiento, investigación de todos los factores que influyen en el resultado que se pretende, examen crítico y sistemático de los modos de ejecución del contrato con el fin de advertir sus variables, trabajo, y, sobre todo, tiempo.

En este orden de cosas, conviene recordar, que años más tarde se establecerá, con la finalidad indicada, la obligación —antes de la aprobación del proyecto, cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior



a determinada cantidad— de solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos (30) encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. Y, en cuanto a las entidades locales se refiere, se establecerá que la supervisión podrá, en el caso de municipios que carezcan de unidades de supervisión, por las de la correspondiente Diputación Provincial.

Se establece el principio de prohibición de la fragmentación del objeto del contrato. Por ningún concepto, se dirá, podrán las corporaciones locales dividir la materia de contratación en partes o grupos, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración de subasta o concurso. Y se extremen las obligaciones en materia de publicación. Se obliga, a partir de una determinada cuantía, a la publicación íntegra de los pliegos, además del anuncio licitatorio. Se abandona la fianza personal como garantía de la ejecución del contrato. Se suprime la subasta simplificada. Se obliga a la subasta simultánea (en la capital del municipio o provincia y en la Dirección General en Madrid), y se establece que en caso de igualdad de ofertas primara la oferta presentada en el Ayuntamiento o Diputación Provincial.

#### **NOTAS:**

(1). Este artículo forma parte del libro Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local, Doscientos años al servicio de la ciudadanía, Dirigido y Coordinado por Enrique Orduña Rebollo y Valentín Merino Estrada, editado por COSITAL. Madrid 2012

(2). FERNANDEZ, TOMAS-RAMÓN: <<Siglo y medio de evolución de la legislación y la ciencia jurídica españolas (1852-2002)>>. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Número 11. 2003.

(3). ROCA ROCA, E: <<De Javier de Burgos a José Posada Herrera: la iniciación del Derecho Administrativo>>, en Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo en España, INAP, Madrid 2001.

(4). VILLAR PALASÍ, JL: El fin del antiguo régimen y los orígenes del estado constitucional en España, la Aparición del Derecho Administrativo, Conferencia pronunciada con motivo de la solemne inauguración del I Seminario de Historia de la Administración, Madrid, 20 de febrero de 2001. INAP.

(5). MESA SEGURA, A: Labor administrativa de Javier de Burgos. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1946.

(6). Se remonta a 1683 la famosa carta de Sébastien Le Prestre (Señor de Vauban y posteriormente Marqués de Vauban) Comisario de Fortificaciones de Luis XIV, al Ministro francés de la Guerra en la que ponía de manifiesto parte de los problemas que surgían con ocasión de las contrataciones públicas: “Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retransan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un naufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello [...]”. En España la sensación es parecida hasta la promulgación del Pliego General de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas, cuando se contrataban las obras por una suma fija, estipulada de antemano, sin tener en cuenta para el abono ni las operaciones practicadas, ni los medios auxiliares empleados en la construcción.

(7). Es muy reveladora en este sentido la Exposición del Real Decreto de 11 de junio de 1886 por el que se aprueba el tercer Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas

(8). CANALS ALVAREZ, S: <<Comentarios sobre nuestro sistema de contratación de obras públicas>>. Revista de Obras Publicas. Madrid, agosto 1942. Escribe el autor que sin necesidad de rebuscar antecedentes históricos acerca de “la aparición del contratista en la fauna social, viene a la memoria el recuerdo de cierta lecturas que reflejaban nuestra vida administrativa de hace casi un siglo. Se hablaba en ellas del jefe político, que era algo así como el factotum de cada provincia, y a su alrededor bullían los llamados concesionarios de

servicios, que hacían al parecer pingues negocios a costa del Estado; parece ser que se trataba de hombres zafios y astutos, duchos en lo que se llama gramática parda y conocedores de la vida rural. Tenían una especial disposición para hacer trabajar a sus semejantes con remuneraciones ínfimas, y es fama que se enriquecían muy rápidamente. Algo parecido a esto debió ser en nuestro país el origen oscuro de esta profesión. Por otra parte, este origen no es tan antiguo para haber creado un abolengo; no han pasado las suficientes generaciones para que la riqueza afinase el tipo, o esta no fue tan grande, ni tan trascendental la función como aquellos antiguos piratas que llegaron a pactar con reyes, y que a veces aparecen en los árboles genealógicos de las grandes familias. Prescindiendo de esta pequeña divagación, es un hecho indudable que hoy en día, para la mayoría de las gentes, la palabra contratista sugiere un tipo inculto, decidido y enérgico y dispuesto a enriquecerse como sea, o a aumentar considerablemente su fortuna, si ya la tiene; un individuo fuerte y rebosante de salud, por su vida al aire libre y su magnífica alimentación, y muy dado a adornar su persona, poco fina, con alguna joya cara y deslumbrante”.

(9). Eugenio Montero Ríos, miembro del Partido Progresista, cofundador del Partido Republicano Democrático y de la Institución Libre de Enseñanza, de la que fue nombrado rector en 1877.

(10). La creación de esta Comisión trae causa de la interpelación, en la sesión celebrada por el Congreso de los Diputados el 21 de enero de 1868, de Fuentes de la Maza, Ingeniero Jefe de Caminos, sobre el sistema de contratación de las obras públicas.

(11). GONZALEZ ALTOZANO, E: <<Crisis en la construcción y cambio del sistema de contratación de obras públicas>>. Revista de Obras Públicas. Número 3.079. Madrid, noviembre 1970.

(12). Fundada en 1853, decana de la prensa española no diaria. Nacida en el seno de la Escuela de Ingenieros de Caminos de Madrid, su propio claustro de profesores tomaba desde el primer momento las riendas de la publicación, y a la colaboración de ingenieros tan ilustres como José de Echegaray, Eduardo Saavedra y Práxedes Sagasta ha seguido la de una larga lista de Ingenieros de Caminos, aún no interrumpida.

(13). MAURA ANTONIO. Ideario de Don Antonio Maura sobre la vida local (textos y estudios). Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1954. Diario de Sesiones del Congreso. Legislatura 1908, página 6589.

(14). KERNER, Hans-Jürgen, criminólogo alemán, califica a la corrupción como el segundo oficio más viejo del mundo, citado por IGLESIAS RIO, Miguel Ángel y MEDINA ARNAIZ, Teresa, <<Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea>>, Revista Penal La Ley, Número 14, julio 2004.

(15). <<Nobles discretos varones/ que gobernáis a Toledo,/en aquestos escalones/ desechad las aficiones,/ codicias, amor y miedo./Por los comunes provechos/ dexad los particulares./Pues vos hizo Dios pilares/ de tan riquísimos techos,/ estad firmes y derechos>>. Diego Gómez Manrique (1412-1490), nombrado Corregidor de Toledo por los Reyes Católicos y constructor de las Casas Consistoriales de la ciudad.

(16). En el preámbulo del Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, puede leerse que el reglamento se halla “inspirado por el afán de precaver y evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares con menoscabo de los generales de Municipios y Provincias”.

(17).

17. MEDINA ARNAIZ, T: <<Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública>>. Diario la Ley. Número 7382 de 16 de abril de 2010. La corrupción en la contratación pública se materializa a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que, o bien suponen la quiebra de la legalidad o bien la quiebra de la imparcialidad, pero que, en cualquier caso, implican la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa —que es el interés general— para obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero. Las prácticas corruptas en la contratación pública pueden surgir en cualquiera de las fases del procedimiento de adjudicación contractual, pues aunque las posibilidades de corruptelas son más elevadas durante la evaluación de las ofertas de cara a la selección del contratista, los riesgos no se limitan a esa fase contractual.

En la fase precontractual puede, por ejemplo, crearse una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales del órgano de contratación. Asimismo, puede facilitarse información que otorgue ventaja a determinados licitadores con respecto a otros, o bien las especificaciones técnicas empleadas para identificar el objeto del contrato pueden limitar la presentación de ofertas competitivas al direccionarse en favor de determinados licitadores, de tal manera que solamente unos pocos las puedan satisfacer. Las irregularidades por corrupción también pueden afectar a los mecanismos de adjudicación contractual al limitar la concurrencia de posibles interesados en el contrato. Por ejemplo, recurriendo al procedimiento negociado cuando no se dan las circunstancias para ello, o fraccionando el objeto del contrato para sustraerse a las reglas de publicidad y concurrencia.

En la fase de adjudicación del contrato los principales riesgos pueden ocasionarse: i) por la falta de claridad a la hora de fijar los criterios de adjudicación; ii) por una ponderación inadecuada de dichos criterios; iii) por la ausencia de comunicación a los candidatos y a los licitadores sobre las decisiones relativas a la adjudicación del contrato; iv) por un sistema de recursos ineficaz ante las decisiones de adjudicación y, por último, v) por la celebración de contratos con determinadas personas que se encuentran incursas en incompatibilidades o en situación de conflicto de intereses que pueden influir o mediar en favor de determinados licitadores. En la fase de ejecución contractual son múltiples también las causas que pueden favorecer las prácticas corruptas y ocasionar una distorsión del sistema contractual. En primer lugar, por el abuso de la subcontratación; en segundo lugar, por la utilización arbitraria de las prórrogas del contrato, y finalmente, lo que parece constituir un seguro refugio para la corrupción, por la utilización fraudulenta de la revisión de precios y de la posibilidad de modificación contractual con la única finalidad de revertir en el precio del contrato los pagos realizados en concepto de sobornos, incrementando, en ocasiones de manera obscena, su importe final. Otros riesgos pueden surgir también en el momento del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato como, por ejemplo, rebajando la calidad en las prestaciones objeto del contrato, o bien realizando pagos por trabajos no realizados o por unidades de obra no ejecutadas. Igualmente los riesgos pueden acechar desde los servidores públicos cuando, a cambio de un precio, acortan los plazos para efectuar el pago del contrato, o cuando, por el contrario, retienen su pago en espera de la obtención de un beneficio.

(18). GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNÁNDEZ TR: Curso de Derecho Administrativo, vol. I, 15ª edición. Civitas-Thomson-Reuters. Madrid, 2011.

(19). Es la Escuela de Burdeos (JEZE, DUGUIT, PEQUIGNOT), fundadora de la teoría del servicio público, la gran impulsora de la sustantividad propia del contrato administrativo. En los contratos administrativos se produce una situación de desigualdad de las partes porque la Administración representa al interés general, lo que justifica que para ella el contrato no sea absolutamente vinculante (*ius variandi*) y la posibilidad de que el contrato pueda afectar a terceros. Esta doctrina influirá, de manera determinante, en los arrêts Blanco (1873), Theroud (1910), y Société de Granits porphyroides des Vosges (1912). La especialidad del contrato administrativo frente al civil se defenderá y articulará, a lo largo del discurrir de la doctrina de finales del XIX y XX, bien sobre el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa de los mismos, bien sobre sus especiales formalidades o, finalmente, sobre el objeto mismo del contrato.

(20). DELGADO MARTIN, E: Contratos administrativos o de obras y servicios públicos. Editorial Manuel Ginés. Madrid 1883

(21). ARIÑO ORTIZ, G: <<De nuevo sobre el contrato administrativo>>, Prólogo al libro de J. SÁNCHEZ ISAC: Estudios prácticos de contratación local, Madrid, 1982. "Baste lo dicho hasta aquí para concluir que el contrato administrativo no es una naturaleza esencial, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial. Es inútil, por tanto, pretender determinar la esencia del contrato administrativo en abstracto. La calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo pues estará vinculada al entorno ideológico político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas del tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda o la investigación científica) serán calificadas como administrativas. El contrato administrativo no es una esencia, sino una "existencia" histórico-jurídica. Por ello se les rodeará de un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos. Este régimen se caracteriza por una mayor elasticidad interna, por una especial protección del fin público que se busca (que pasa por encima de la estricta relación bilateral), por una mayor capacidad de decisión para una de las partes -que asume la potestad de dirección- a lo largo de la vida del contrato, por

una mayor estabilidad y continuidad de la relación en cuanto tal y finalmente por una mayor protección de la institución frente a terceros" (Pág. 24).

(22). RODRIGUEZ BENEDICTO, G: <<Qué debe entenderse por obras públicas>>, Revista de Obras Públicas, Número 12. Madrid, 15 de junio de 1860.

(23). CARBONERO GALLARDO, JM: La adjudicación de los contratos públicos. La Ley. Madrid, 2010. En el capítulo I de esta obra puede leerse un extenso estudio, intenso y pormenorizado, de la legislación de los siglos XIX y XX en materia de contratación pública.

(24). JIMENEZ AYALA, J: <<Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el XX para prevenir las desviaciones presupuestarias>>. Revista de Obras Públicas. Número 3, mayo 2004. Madrid.

(25). RODRIGUEZ, G: <<Observaciones sobre las condiciones generales para las contrataciones de obras públicas>>. Revista de Obras Públicas. Número 8, Madrid 15 de abril de 1860.

(26). PARADA VAZQUEZ, JR: <<La nueva Ley de Contratos del Estado>>. RAP número 47. Madrid, 1965.

(27). El artículo 87.3 RLCAP dispone: <<Concluido el acto, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas>>. Puede verse la interpretación que de este precepto hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Dictamen 54/10 de 15 de diciembre de 2011.

(28). La Orden de 16 de marzo de 1869 establecerá las reglas para las escrituras que se otorguen de subastas de contratos públicos.

(29). ALCÓN ZARAGOZA, JA: <<La función de la fe pública en los apartados h) y j) del artículo 2º del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre>>. En La fe pública local, CASTELAO RODRIGUEZ J. INAP. Madrid, 1988.

(30). CASTAÑEDA SÁNCHEZ R. (2004): "Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?". Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, Número 3443, 2004. Págs. 19-30.

## EL ITINERARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DE CÁDIZ A NUESTROS DÍAS (PARTE II)

[11/10/2013 - Estudios y Comentarios](#)

En la segunda parte del artículo, el análisis se centra en la legislación sobre contratación pública en el XX, prestando especial atención a la incidencia que, sobre la misma, ha tenido la integración de España en la Unión Europea. Una vez finalizado el recorrido sobre la evolución de la regulación jurídica de la contratación pública hasta nuestros días, al autor le queda la sensación de haber andado un duro y confuso camino sin haber llegado a ninguna parte. Al menos en cuanto al uso de la técnica contractual se refiere desde los principios de eficacia y eficiencia que presiden el ejercicio de las potestades públicas. En definitiva, la conclusión que extrae es que se ha avanzado poco, salvo en complicar y hacer impracticable el procedimiento de adjudicación del contrato.

### IV.- La legislación sobre contratación pública en el XX: La generalización de las formas de adjudicación de los contratos: subasta, concurso y adjudicación directa.

El siglo XX se inicia, en materia de contratación con la preocupación de siempre. Aparece un nuevo Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas, aprobado por Decreto de 13 de marzo de 1903 , que sucede al aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1900 (1), y varias normas de mayor calado a las que nos referimos de manera singular:

1.- *Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911* . Esta ley contiene una regulación más completa y sistemática de las formas de adjudicación de los contratos (subasta, concurso y adjudicación directa). El capítulo V de esta Ley , está dedicado a la contratación de servicios y obras públicas, y viene a regular de manera más rigurosa que hasta entonces, el procedimiento de adjudicación de contratos de obra. Para comenzar, establece la *subasta pública* como el procedimiento por defecto para adjudicar los contratos de obras del Estado, salvo contadas excepciones. La subasta pierde su hálito de bálsamo de Fierabrás (2). Se determina un plazo de 20 días de anticipación para anunciar las subastas, en la Gaceta de Madrid, el Diario Oficial de Avisos de las poblaciones directamente afectadas y en los Boletines Oficiales de las Provincias; plazo que se puede reducir hasta un mínimo de 10 días para *casos urgentes*. Los licitadores han de presentar sus *proposiciones por escrito en pliegos cerrados*. La Ley prevé un modo de desempate en caso de igualdad entre dos o más ofertas, basado en *pujas a la llana durante el término de quince minutos*, tras lo cual se procede al sorteo si es que persiste el empate.

El concurso procede cuando los contratos, por su naturaleza especial, exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas, en los contratos en los que la Administración se reserve la facultad de elegir entre los proyectos [...] destinados á las construcciones de los efectos objetos del contrato, por no estimarse conveniente la fijación previa de un proyecto o diseño especial técnico. En este caso se exigía la audiencia previa del Consejo de Estado. Por otra parte, también la Administración podía concertar directamente los siguientes contratos de obras: aquellos en los que no sea posible promover concurrencia en la oferta al existir un único productor del objeto del contrato, los contratos de reconocida urgencia, que no permitan dar lugar a los trámites de la subasta; y aquellos en los que la seguridad del Estado exija garantías especiales ó gran reserva por parte de la Administración.

2.- *Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 , Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925 y Real Decreto*

*de 2 de julio de 1924, por el que se aprueba el Reglamento para la Contratación de las obras y servicios a cargo de las entidades municipales* . Los Estatutos municipal y provincial, siguen el esquema de la Ley de Administración y Contabilidad, en materia de contratación pública, con remisiones expresas a la misma. El estatuto municipal modifica, en su artículo 162, la intervención del Notario en las subastas públicas, que solo sería precisa a partir de 50.000 pesetas. Según suscribe Miguel Primo de Rivera, en la exposición que dirige al Rey, para la aprobación del Reglamento de 1924, en esta norma respetando los principios fundamentales, comunes a toda licitación, que figuraban en la legislación anterior, ha habido, sin embargo, que introducir importantes variaciones en el procedimiento, encaminadas unas a dar mayores facilidades a los Ayuntamientos de más de 100.000 almas para la contratación por gestión directa; conducentes otras a impedir o al menos a dificultar, la confabulación inmoral de los llamados <<primistas>> (3), a cuyo efecto se rebaja a 10.000 pesetas el tipo de las subastas que han de celebrarse por el sistema de pliegos, durante la media hora siguiente a la señalada para la licitación, e inspiradas todas en el criterio de autonomía, base primordial del Estatuto. Tales son, en substancia, las innovaciones más esenciales que introduce el proyecto de Reglamento, respecto a la legislación vigente en materia de contratación cuando se promulgó el Estatuto municipal.

El Reglamento contiene, y esta es su mayor virtud, una detallada y pormenorizada regulación de la contratación en el ámbito de las entidades locales, con la finalidad de lograr cierta agilidad en la tramitación de los expedientes y atajar comportamientos inadecuados en las subastas. La preparación del expediente, la formación de proyectos y pliegos, los presupuestos y precios y la prohibición de fragmentar el objeto del contrato son preocupaciones que encuentran una atención y regulación esmerada en el reglamento de 1924.

*3.- Ley de Bases de 10 de julio de 1935 , Proyecto de Código de Gobierno y Administración Local de 1941, y Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (4)*. La ley de 1935, sigue directamente el sistema del Estatuto municipal y su reglamento de desarrollo. El proyecto de Código de Gobierno y Administración Local de 1941, aunque no aportaba ninguna modificación de relieve en materia de contratación, si que aportaba una nueva regulación en materia de autorización de las actas de la subasta o concurso por parte del Secretario de la Corporación, siempre que perteneciese a las dos primeras categorías del Cuerpo de Secretarios y fuese Licenciado en Derecho. En otro caso, el secretario solo podía autorizar las actas de concurso y subastas cuya cuantía no excediese de 50.000 pesetas, siendo necesario la intervención del Notario para contratos de cuantía superior. Y, además, se establecía que esta función del Secretario era personal e indelegable.

La Ley de Bases de 1945, generalizó la actuación del Secretario de la Corporación, sin hacer ninguna referencia a la figura del Notario. En la misma línea el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 , donde se perfilan con los caracteres de hoy las formas de subasta, concurso y concurso-subasta, y se establece la obligación de publicar los pliegos por plazo de ocho días (en el Boletín oficial de la Provincia), norma que fue mantenida en el artículo 122 Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 , y que hasta la LCSP (que deroga expresamente esta norma), ha dado lugar a distintas interpretaciones jurídicas sobre su vigencia (5).

*4.- Ley de 20 de diciembre de 1952 y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953* . La Ley de 20 de diciembre de 1952, que sustituye la redacción del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, establece una regulación amplia y más precisa de las circunstancias que habilitan para la ejecución de las obras por Administración, e introduce la contratación por destajos. El destajo suponía la partición de una obra para su mejor ejecución directa por la Administración.

El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, es una norma clave en la historia del régimen local español, alabada por su calidad, pulcritud y depurada técnica, que reavivó, sin embargo, el debate sobre la teoría del contrato administrativo. Pero lo importante es su detallada regulación, sus garantías en la tramitación del procedimiento, la regulación de la forma y presentación de proposiciones (lacradas y precintadas), y la regulación por primera vez de la posibilidad de presentar proposiciones por correo.

*5.- Ley 923/1965, de 8 de abril de 1965 de Contratos del Estado y Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975 (6)*. Esta Ley es el texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del

Estado de 28 de diciembre de 1963 (7), supone el primer texto que regula con carácter exhaustivo todo el proceso de formalización, adjudicación y ejecución de los contratos de obra (además de los de servicios públicos y suministro) en España, unificando normas tan dispersas en el tiempo como son el capítulo V de la Ley de Administración y contabilidad de 1911 y la Ley de Fianzas de 1960. Incorpora nuevos requisitos para contratar con la Administración. La Ley de Bases concibe el contrato administrativo, como la pieza maestra del nuevo estilo de operar administrativo, los contratos de la Administración deben ser objeto de una disciplina acomodada no sólo en el aspecto puramente jurídico, sino también en el orgánico. La Legislación anterior centraba su atención en los modos de adjudicación, y se olvidaba de una fase tan importante como la gestación del contrato y de la subsiguiente ejecución y conclusión del mismo.

Establece la obligación de que todo contrato contenga un *precio cierto, expresado en moneda nacional, que se abonará al empresario, en función de la importancia real de las prestaciones efectuadas y de acuerdo con lo convenido*. Se contempla la posibilidad de incluir cláusulas de revisión de precios, a cuya regulación se destina una legislación especial. Y los principios de publicidad y concurrencia pasan a ser básicos para la celebración de los contratos. Se recogen también por vez primera, los requisitos que deben cumplir los proyectos para ser admitidos como base para la construcción de las obras objeto del contrato. Y se consagran como formas de adjudicación del contrato la subasta, el concurso, el concurso subasta y la contratación directa. Las dos primeras son de libre elección y las segundas para casos excepcionales. Con esta Ley se instaura la clasificación de contratistas y el Registro de Contratistas, que se desarrollará en el Reglamento General de Contratación del estado, de 25 de noviembre de 1975.

En la ley, la aplicación del régimen jurídico especial que constituye el contrato administrativo depende de un criterio orgánico y de otro formal. Orgánicamente, son contratos administrativos los que tienen como parte contratante a una Administración pública, ya sea territorial o institucional. De modo que si el contrato no lo adjudica una entidad pública sino una entidad privada, aunque esté en mano pública, el contrato deja de ser administrativo y se regirá por el Código Civil. El criterio orgánico se complementa con un criterio formal, en un doble sentido. La ley puede excluir a determinados contratos del ámbito de aplicación general de la normativa contractual administrativa (artículo 2.8 de la ley). Y además la ley puede excluir una categoría entera de contratos de su ámbito de aplicación (tal sería el caso de los contratos patrimoniales del Estado), la ley puede, en definitiva, excluir de su ámbito a los contratos emanados de una determinada Administración, cualquiera que sea su naturaleza.

En esta concepción el contrato administrativo y el convenio son intercambiables por voluntad del legislador. La ley prevé expresamente que determinados contratos se hagan en forma de convenio de cooperación sin publicidad ni libre competencia. Rige pues el principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas. Por diferentes razones, determinados contratos, que serían administrativos por su objeto, se articulan como convenios de cooperación. Queda a disposición última del legislador utilizar una u otra técnica. Los convenios entre Administraciones públicas se excluyen de la Ley de Contratos sea cuál sea su naturaleza, aunque en ocasiones las dos Administraciones públicas no se encuentran en pie de igualdad, sino que una actúa como adjudicadora y la otra adjudicataria del contrato.

## **V.- El Derecho de la contratación pública desde la integración de España en la Unión Europea: el complicado y azaroso devenir normativo del régimen de la contratación pública.**

El Derecho de la contratación pública es sin lugar a dudas, uno de los ámbitos del Derecho administrativo que ha recibido un mayor impacto del Derecho comunitario. Y es, al mismo tiempo, el sector en el que mejor puede apreciarse el complejo proceso de interacción entre Derecho nacional y Derecho comunitario, que conduce a la formación de un Derecho administrativo nuevo, el Derecho administrativo europeo. Un Derecho de empalmes de frutos distintos en un tronco común (8). A partir del ingreso de España en las Comunidades Europeas, se produjeron reformas de forma continua, a través de las Leyes de Presupuestos, para adaptar nuestra legislación, hasta la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratación de las Administraciones Públicas y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos de las Administraciones Públicas, que constituyen el primer intento de acercamiento a la normativa europea de contratación pública. Sin embargo, en ninguna de estas disposiciones se abandona el criterio orgánico y funcional que determinaban el régimen especial del contrato administrativo, ni tampoco la intercambiabilidad de técnicas a que hemos hecho referencia.

Uno de los impactos más notables de las Directivas de Obras, servicios y suministros, se produce sobre el

ámbito subjetivo de la contratación. Las Directivas parten de una noción funcional de poder adjudicador, de la que deriva que no sólo los entes públicos, formalmente tales, sino cualquier entidad de titularidad pública, cae en el ámbito de las normas comunitarias, siempre que en la misma el ente público tenga influencia dominante, y que se dedique a actividades de interés general, que no tengan carácter mercantil. La interpretación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace del concepto de poder adjudicador es muy amplia. En la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, el Tribunal notó que el concepto de Estado en la Directiva 71/355 <<debe recibir una interpretación funcional>>. El fin de la directiva tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimientos y de la libre prestación de servicios, —decía el Tribunal— se vería comprometido si se excluyeran los contratos de entidades creadas por un Estado, por no hallarse formalmente integrada en la Administración estatal. Resulta claro que la noción comunitaria de poder adjudicador, relega a un segundo plano la concepción orgánica de la contratación. Lo relevante es que el poder adjudicador sea controlado por una Administración pública.

La irrupción del concepto comunitario de contrato público obligaba, en consecuencia, a repensar nuestra institución del contrato administrativo. Como señalaba MALARET GARCÍA, el punto de partida del cuestionamiento, debía ser ahora la expresión <<contrato público>> en su significado más simple y más pacífico. Esto es, como contrato celebrado por la Administración a título oneroso, que sintetiza muy bien la aproximación a la Administración pública que guía el Derecho administrativo comunitario: en tanto que poder público, incide sobre el mercado y puede operar o tomar decisiones que produzcan distorsiones, y/o lesionen el derecho a la no discriminación por razones de nacionalidad. Esto es, la Administración pública como poder, pero un poder que es relevante a efectos comunitarios por su incidencia en el mercado, un mercado único. La integración económica apela a la integración jurídica.

Pues bien, esa integración jurídica está resultando ser un autentico calvario, un torrente de sucesivas leyes en un proceso legislativo nunca antes conocido —similar a las duras travesías que cantaba Homero en sus poemas—, que causa perplejidad, desazón y graves inseguridades, como a continuación podemos ver.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) —norma impulsada por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE, aunque el legislador estatal aprovecha para introducir muchas otras reformas— implica un cambio de concepción en la contratación pública y de estructura, respecto a la regulación anterior. Durante el año 2010, apenas dos años después de su entrada en vigor, LCSP sufre diversas modificaciones y reformas de profundo calado, que dibujan un panorama incierto y de evidente complejidad en el marco de la contratación del sector público. Las novedades legislativas que inciden y modifican la LCSP durante el año 2010, enumeradas en su orden cronológico, son las siguientes: 1ª) Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (9). 2ª) Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (10). 3ª) Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (11). 4ª) Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (12). 5ª) Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (13).

Durante el año 2011 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no cesa de sufrir modificaciones y reformas, que acentúan el incierto panorama y la complejidad del marco jurídico de la contratación del sector público (14). Muchos son los comentarios y calificativos, que ha merecido esta incesante modificación del ámbito normativo de la contratación del sector público. Todos ellos, preocupados por la falta de seguridad jurídica, que los continuos cambios normativos conllevan para los gestores de la contratación pública. En cualquier caso parece evidente que la ausencia de estabilidad normativa, que inicialmente se presagiaba con la promulgación de la LCSP, se convierte en uno de sus mayores defectos, junto a la deficiente regulación de las especialidades en materia de contratación en el ámbito local.

Las novedades legislativas que inciden y modifican la LCSP durante el año 2011, enumeradas en su orden cronológico, son las siguientes: 1ª) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modifica diversos artículos de la LCSP, y, en su disposición adicional trigésimo segunda, autorizaba al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, un texto refundido en el que se



integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de Ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos (15). 2ª) El Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (16). 3ª) La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (17). 4ª) La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad . (18) 5ª) El Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios, de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas . Esta nueva regulación, amplía el repertorio de materiales incluidos en las fórmulas, respecto de lo recogido en las fórmulas hasta ahora vigentes, algunas con más de cuarenta años de vigencia, y excluye de la relación la mano de obra, el coste de la cual no se ha de incluir en las fórmulas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 79.1 LCSP (19). También es necesario dejar constancia de la promulgación de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados . Esta norma no modifica precepto alguno de la LCSP, sino que se dirige a los órganos de contratación para que promuevan e impulsen la utilización de criterios medioambientales (20).

Especial mención debe hacerse al *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* . El BOE de 16 de noviembre de 2011 publicó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011 (21). La nueva norma, dando cumplimiento al mandato contenido en la Ley de Economía Sostenible, integra y ordena en un texto único, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público, incluidas la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, las sucesivas leyes que la han modificado por diversos motivos, y otras disposiciones contenidas en normas con rango de ley, entre ellas las relativas a la captación de financiación privada, para la ejecución de contratos públicos. El TRLCSP deroga, entre otras, la LCSP y los artículos hasta la fecha vigentes (253 a 260) del TRLCAP .

## **VI.- La función del Secretario en el procedimiento de adjudicación y formalización del contrato a lo largo de la evolución del régimen jurídico de la contratación pública.**

De cuanto se acaba de exponer cabe colegir, sin necesidad de esfuerzo alguno, la importancia y notoriedad que las funciones del oficio y responsabilidad del Secretario municipal adquirieron, desde el primer momento, en cuanto a la contratación de las entidades locales se refiere. Tanto en el orden organizativo y procedimental, como en el de asesoramiento y, por supuesto, en el de la fe pública local.

*1.- La intervención del Secretario en el procedimiento de adjudicación.* La necesidad de formar y armar debidamente los expedientes de contratación de servicios y obras públicas, para que pudiera fijarse con pleno conocimiento tanto el límite de la obra o servicio, como el tipo o precio que haya de regirlo, a fin de evitar, —como agudamente y no sin cierta ironía señalaba la Real Orden de 23 de noviembre de 1865—, que los expedientes *desnudos de antecedentes*, o por lo menos sin todos los que debieran de aducirse, ofrezcan dudas que nunca deben ocurrir y hasta sea posible que lleguen a comprometerse los intereses de las Administraciones; determinó la minuciosa regulación del procedimiento y expediente de licitación y su encomienda y responsabilidad a quienes tienen la obligación de tramitarlo. Arrancaba así una tradición jurídica, que confía y encomienda tareas específicas de forma nominativa a un funcionario de la Administración Local o puesto de trabajo (diríamos ahora): el Secretario municipal.

En todo caso, y por lo que aquí interesa resaltar, es sobre la base de una institución jurídica propia del Derecho Público, el contrato administrativo, sobre la que se ordenaran una serie de funciones específicas en el marco del desempeño de la actuación del Secretario en el quehacer municipal: el asesoramiento preceptivo en materia de contratación, y la fe pública en el procedimiento adjudicatario y en la formalización del contrato en documento administrativo.

Desde la resolución del inicio del expediente de contratación, en el que habría de contenerse la necesidad del contrato en todo su alcance y extensión, pasando por la intervención en el procedimiento de adjudicación, registro de plicas, custodia y acceso de datos sobre el expediente, autorización de las actas de apertura de concursos y subastas, asesoramiento y asistencia a las Mesas de contratación, cuya regulación se inspirará en marcados principios notariales (unidad de acto, lectura pública, ratificación, redacción instrumental,

autorización y firma), la adjudicación definitiva en la que tendrá lugar la perfección del contrato, hasta la formalización del mismo; la función protagonista del Secretario municipal, asume el catalizador de la transparencia, la certeza y la seguridad jurídica del actuar de la Administración. Atribuciones que corresponderán a los Secretarios desde la Ley de 3 de febrero de 1823 y Real Decreto de 23 de junio de 1825, titulada <<Para arreglo provisional de los Ayuntamientos>>, en las que se citaban como obligaciones propias del oficio, actuar y autorizar todas las diligencias, archivo de documentos y expedientes y firma de las actas, de donde arranca la fe pública local (22).

Hasta la Ley de 16 de diciembre de 1950, se establecía una regulación diferente para el contrato administrativo y para el civil. En el procedimiento de contratación administrativa quedaba a cargo del Secretario su tramitación, pero era el Notario quien debía autorizar las actas de apertura de pliegos, en contratos de determinado valor, y al formalizar los contratos (23).

La Ley de 16 de diciembre de 1950, y el Reglamento de Contratación aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, prescindieron de la intervención del Notario (que tanto ofendía al Cuerpo Nacional de Secretarios); y las actas de apertura se formalizaban por el Secretario, sin límite de cuantía, si bien, subsistía la fe compartida en la formalización del contrato (24). La Ley de 24 de junio de 1955, en su artículo 318 vino a confirmar que <<las actas de los concursos, de las subastas y de los concursos-subasta serán autorizados por el Secretario de la Corporación>>. Precepto que reprodujo casi textualmente el artículo 123 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre.

*2.- La intervención del Secretario en la formalización del contrato.* La formalización del contrato es la exteriorización, de forma solemne y escrita, de la voluntad de las partes de un contrato previamente consentido. En el ordenamiento jurídico contractual español de Derecho Privado, se consagra el principio de libertad de forma de los contratos (25).

La legislación de régimen local, desde antiguo, estableció que la formalización del contrato, debía realizarse bien en escritura pública o en documento público administrativo. La utilización de una u otra forma se fijaba en razón a la cuantía. De este modo, de acuerdo con los artículos 39 y 40 LCE, si excedía el gasto o ingreso de 500.000 pesetas se otorgaba escritura pública, y si no alcanzaba tal importe, se formalizaba mediante documento administrativo. El Real Decreto-ley 24/1982, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria estableció la obligatoriedad de formalizar los contratos de obra en escritura pública en documento notarial a partir de 100.000.000 de pesetas. La disposición adicional decimotercera de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985 modificó el sistema de formalización del contrato (26), con un cambio radical en relación con la tradición administrativa, al hacer directamente inscribible en cualquier registro público el documento de administrativo de formalización. De ahí que el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en el artículo 113, regla 6.a, determinara, para matizar el cambio radical operado en la LCE, que el contrato se formalizará en escritura pública o en documento administrativo, dando fe, en este caso, el Secretario de la Corporación. No ocurría lo mismo sin embargo, para los contratos de suministro respecto de los que se exigía escritura pública cuando el precio era superior a 2.500.000 pesetas o cuando la Administración o el contratista lo solicitaran, y también resultaba incomprensible que el contrato de obras se formalizara mediante documento público administrativo y se exigiera escritura pública para la cesión de los derechos dimanantes del mismo a un tercero.

El documento público administrativo correspondía otorgarlo al Secretario; en calidad de autorizante. La suscripción del documento solía hacerse bajo el principio de unidad de acto (27). El artículo 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establecería que son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional, la de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. La descripción detallada del contenido básico de las funciones reservadas se llevó a cabo por Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que en su artículo 2 h) establece que la función de fe pública del Secretario comprende autorizar, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la entidad. El artículo 92 de la LBRL y el artículo 162 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que regulaban las funciones de los Secretarios fueron derogados por la Ley 7/2007, de 12 de abril por la que se

aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público , sin que su contenido haya sido objeto de una nueva regulación.

Por ello, existe en la actualidad un cierto vacío legal, en cuanto a las funciones que están llamados a desempeñar los Secretarios de la Administración Local en esta materia (28). Este vacío legal preocupa sobremedida, sobre todo a partir de lo dispuesto en artículo 27 TRLCSP , en su redacción dada por la Ley 34/2010, que establece que <<los contratos que celebren los poderes adjudicadores, se perfeccionan con su formalización>>. Con esta nueva regulación de la perfección de los contratos se abandona la naturaleza antiformalista de los contratos públicos en España, y hace necesaria una autorización pública del otorgamiento del documento de formalización del contrato.

## **VII.- Recapitulaciones, conclusiones o ¿hacia dónde caminamos?**

Todos los juristas saben que las instituciones jurídicas, las categorías jurídicas, no describen la realidad sino que suministran construcciones, artificios para asegurar los valores propios de una comunidad —libertad, igualdad y democracia—, así como para articular las relaciones sociales, las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, resolver los conflictos. Precisamente ello dota al Derecho de una gran flexibilidad y le permite adaptarse a los cambios sociales. Si esto es así, habremos de concluir que hemos avanzado poco, salvo en complicar y hacer impracticable el procedimiento de adjudicación del contrato.

En primer lugar no hemos sido capaces, y no parece que lo vayamos a ser, para calcular de forma veraz el valor cierto (estimado) de una obra o servicio. Nadie ha establecido, hasta la fecha, un procedimiento eficaz para determinar el coste exacto de una obra. La obsesión por la regulación del procedimiento de adjudicación ha impedido, hasta hoy, pensar y reflexionar sobre la bondad del sistema de adjudicación de los contratos, en función del principio de eficacia y eficiencia. La normativa vigente parece estar presidida más por el interés del licitador que por el interés público (interés general) de la obra o servicio público.

En segundo lugar es imposible evitar la modificación de un contrato, y es imposible prever los supuestos en que tal modificación deba producirse, salvo que se sea un carismático o visionario o, como afirma JIIMENEZ AYALA, que *los terrenos se comporten como manda el proyecto (29)*.

En tercer lugar, no se ha conseguido que el pago del precio pactado de la prestación, ejecución del contrato, se haga en tiempo y forma por las Administraciones públicas (o poderes adjudicadores). Y no es posible ya justificar su demora en base a las dificultades que ofrece el sistema presupuestario y contable de las entidades públicas. Esta indeseable e inadmisibles práctica administrativa perjudica tanto a los intereses públicos como la incorrecta redacción de los proyectos. Como reza el refranero español, *en el pecado va la penitencia*.

En cuarto lugar, debería pensarse qué hacer acerca del excesivo y prolijo rigor de los procedimientos de adjudicación (30), imposibles de practicar para la mayoría de las Administraciones Públicas, por supuesto en las entidades locales, y sin garantía alguna en aquellas que carecen de unidades de contratación.

Y finalmente, alguna reflexión debería hacerse también sobre las peculiaridades de la contratación pública en las entidades locales. La Administración Local ha conocido desde antiguo un régimen jurídico singular en materia de contratación, como hemos podido apreciar en este estudio. No debería olvidarse, entre otras consideraciones porque el gobierno y administración de las entidades locales corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales, por mandato del artículo 140 CE , que no son funcionarios.

Tiene uno la sensación de haber andado un duro y confuso camino sin haber llegado a ninguna parte. Al menos en cuanto al uso de la técnica contractual se refiere desde los principios de eficacia y eficiencia que presiden el ejercicio de las potestades públicas. La causa del contrato público es siempre la necesidad, no la utilidad. Estamos casi donde comenzamos.

## **NOTAS:**

(1). Ambos pliegos, como los anteriores, obedecen a necesidades exclusivas del Ministerio del que proceden (Fomento. Obras Públicas). tienen carácter de disposición subsidiaria v carecen de regulación v alcance

suficiente para constituirse en el armazón de la regulación jurídica de un contrato administrativo de obras públicas.

(2). Las frecuentes bajas en las subastas, fueron duramente criticadas desde todos los sectores implicados en la ejecución de obras públicas. La Memoria aprobada por la Junta directiva de la Asociación de Contratistas de Obras Públicas de Cataluña, en su sesión de 18 de febrero de 1929, es un buen ejemplo. Puede consultarse en RODRIGUEZ, R: <<Bajas en la subastas>>. Revista de Obras Públicas, número 77, Madrid 1929.

(3). Se calificaba como primista a todo aquel postor que pujaba en una subasta, sin conocer las características del objeto del contrato, para luego vender su derecho (la prima) a un tercero. Los <<primistas de Madrid>>, se hicieron famosos en el proceso de adjudicación de bienes de la desamortización de Mendizábal. También fueron famosos los primistas, en los permisos para uso industrial de las corrientes que se otorgaban al amparo de la Ley de Aguas de 1879. Este se hacía con concesiones, previo conocimiento de las posibilidades de una corriente, esperando adquirir rentas de situación sin realizar obra alguna y sin temor a ser desposeído. Siempre resultaba mejor arreglarse con un primista que pujar una cantidad que podía parecer prohibitiva. En definitiva, los primistas o subasteros eran personas con suficiente influencia y contactos como para alterar el principio de libre competencia.

(4). También es necesario dejar constancia de la Ley de 17 de octubre de 1940 sobre garantías de los licitadores, que pretende facilitar el acceso de los licitadores, reduciendo el capital inmovilizado en depósitos y fijando las garantías en función de la importancia de las sobras y de las bajas ofrecidas. Así como de la Ley 20 de diciembre de 1952 que supuso la sustitución del capítulo V de la Ley de 1911 (Artículos 47 a 66) y la adaptación a ella de algunas de las diversas modificaciones que habían ido afectando a la anterior normativa a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Entre ellas que la adjudicación por concurso incluía el modelo de “concurso con variantes” ya que se permitía a los licitadores introducir en sus propuestas las modificaciones que, sin separarse de lo establecido en los pliegos de condiciones, puedan hacerlas más convenientes para la realización del objeto del contrato. En cuanto a la forma de adjudicación por este procedimiento, la Ley señala que ésta se hará a la proposición que [...] se considere más conveniente, sin que consiguientemente sea preciso hacer la adjudicación a favor de la proposición que en razón del precio sea más ventajosa.

(5). Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004, en la que mantiene la vigencia de la publicidad de los pliegos, y la de 20 de noviembre de 2006, que la niega. En el mismo sentido, el Informe 13/00, de 6 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

(6). También es necesario dejar constancia de la Ley 96/1960 de 22 de diciembre de Fianzas para los Contratos de Obras del Estado. Esta Ley se promulga con el objetivo de unificar la diversidad de normas que habían ido surgiendo para regular los efectos de las garantías que debía prestar el contratista para la ejecución de contratos de obra para el Estado, además de para actualizar las cuantías de dichas garantías. Por otra parte, también pretende unificar los criterios a aplicar a la hora de establecer las garantías, independientemente del tipo de obra o de la Administración para la que se realizase, ya que hasta ese momento había sido la Ley de 17 de octubre de 1940, dictada para las obras del Ministerio de Obras Públicas, la que se había aplicado de forma extensiva para otro tipo de obras y Administraciones. Con la entrada en vigor de esta nueva Ley se admite el aval bancario como método para formalizar las fianzas, y se establece expresamente que las garantías depositadas por el contratista, serán destinadas a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la Administración en caso de incumplimiento de aquél.

(7). El objetivo de la Ley de Bases 198/1963 de 28 de diciembre (que sería posteriormente desarrollada por la Ley de Contratos del Estado 923/1965 de 8 de abril) es establecer una regulación completa de los contratos del Estado. La actividad pública contractual, en especial la que afecta a obras públicas, carecía de una total disciplina, pues como tal no podía ya calificarse al capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, ni al Pliego de condiciones generales de 13 de marzo de 1903. El capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, articuló unos procedimientos de adjudicación de obras que presumió encerraban la clave para que el Estado contratase siempre de la forma más ventajosa y segura, pero no se realizó el suficiente desarrollo del negocio jurídico subsiguiente, ni tampoco la definición completa del Estado en la esfera obligacional, soslayando la cuestión de fondo mediante remisión al Derecho privado en bloque, que tan difícilmente proporciona soluciones adaptables al ambiente de los negocios públicos.

(8). MALARET GARCÍA, E: <<Conclusiones>>, en La contratación pública en el horizonte de la integración

europaea. INAP, Madrid, 2004.

(9). En concreto en el artículo 4 del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, se modifican los artículos 49.1 b); 208.5 y 209.2 de la LCSP. El artículo 49.1 b) LCSP, precepto que regula las prohibiciones para contratar, de manera que afecta a la capacidad del contratista, se modifica con el objeto de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario, y que éste haya adquirido eficacia en un convenio. El artículo 208.5 LCSP, que regula la resolución del contrato, se modifica para permitir la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública, en caso de resolución del contrato, cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia, y el concurso no hubiera sido calificado como culpable. Se trata de ampliar el margen de la Administración en el momento del ejercicio de la potestad de resolución, ante un incumplimiento contractual, cuando el incumplimiento no merezca ser calificado de culpable. De manera que la fijación de los efectos económicos de la resolución contractual quede matizada, pues la Administración podrá declarar la resolución del contrato sin incautación de la garantía ni imposición del deber de satisfacción de ulteriores daños. El artículo 209.2 LCSP, que regula la cesión del contrato, se modifica para facilitar la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario.

(10). Esta norma modifica, en su Disposición Adicional Sexta, el artículo 83 LCSP, mediante la adición al mismo de un nuevo apartado 4. En él se establece que en la concesión de obras públicas, el importe de la garantía definitiva se calculará aplicando el 5 por ciento sobre el valor estimado del contrato, cuantificado con arreglo a lo establecido en el artículo 76.3. Y que el órgano de contratación, atendidas las características y la duración del contrato, podrá prever en los pliegos, justificándolo adecuadamente, la posibilidad de reducir el importe de la garantía definitiva, una vez ejecutada la obra y durante el periodo previsto para su explotación. Sin perjuicio de otros criterios que puedan establecerse en los pliegos, esta reducción será progresiva e inversamente proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato, sin que pueda suponer una minoración del importe de la garantía por debajo del 2 por ciento del valor estimado del contrato. Con esta modificación, se pretende flexibilizar el régimen de la garantía definitiva en los contratos de concesión de obra pública, a la vista de las dificultades que se apreciaban para la devolución parcial —de la parte proporcional— de dicha garantía antes de la ejecución total del contrato.

(11). La Ley reforma la LCSP para reducir a treinta días el plazo en que debe la Administración pagar al contratista (hasta ahora eran sesenta días), y establece un procedimiento judicial para el cobro que viene regulado en el nuevo artículo 200 bis LCSP. El plazo máximo de pago recogido por la Ley 15/2010, entre empresas y Administraciones Públicas, se reduce a un máximo de 30 días, que será de aplicación a partir del 1 de enero de 2013, y se añade a la LCSP la Disposición Transitoria Octava en la que se establece el calendario del periodo transitorio hasta la entrada en vigor del 2013. La Ley 15/2010 establece, al mismo tiempo, una serie de medidas relacionadas con la morosidad de las Administraciones Públicas, y entre ellas, en lo que se refiere a las entidades locales, destaca la obligatoriedad de que los Tesoreros o, en su defecto, Interventores de las Corporaciones locales, elaboraren trimestralmente un informe sobre el cumplimiento de los plazos previstos en esta Ley, para el pago de las obligaciones de cada Entidad local, que incluirá, necesariamente, el número y cuantía global de las obligaciones pendientes en las que se esté incumpliendo el plazo. A tal efecto, en el artículo quinto de la Ley, se regula el Registro de facturas en las Administraciones locales. En todo caso, la novedad más importante de la Ley 15/2010, en materia de contratación pública, es la regulación ex novo de un procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas en un nuevo precepto que se incorpora a la LCSP; el artículo 200 bis LCSP.

(12). La reforma de las leyes mencionadas, se debe a la publicación de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica la normativa comunitaria reguladora de los recursos en materia de contratación, tanto con referencia a los contratos del Sector Público, como con respecto de los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. De esta forma se procede a la aplicación de la Directiva, en el sentido expresado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto C- 444/06 (Alcatel), la Comisión contra el Reino de España y se ejecuta la misma. Esta ley modifica 45 artículos y 4 disposiciones de la LCSP, las principales modificaciones afectan a los artículos 27, 37, 38, 39, 91, 96, 135, 138, 140, 174, 182 y 186, así como las contenidas en los nuevos artículos 310 a 319. El resto de artículos afectados de la LCSP lo son únicamente en el sentido de adaptarlos a los cambios operados en los artículos mencionados, pero no ven

alterado su contenido. Entre sus novedades destacan la regulación de los supuestos especiales de nulidad, la desaparición de la dualidad de adjudicaciones, se hace coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, y la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación.

(13). Se incorpora por el artículo 17.7 de la Ley 35/2010 una nueva Disposición Adicional Cuarta en la Ley 14/1994, que estipula que a partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las ETT, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas, sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. Las ETT no podrán realizar, sin embargo, con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos. Por otro lado, la Disposición Derogatoria Única de la Ley 35/2010 deroga la Disposición Adicional Quinta de la LCSP a partir de 1 de abril de 2011.

(14). Además debe tenerse en cuenta que, en estos momentos, existen tres propuestas de directivas europeas sobre contratación pública. La Propuesta de Directiva sobre contratación pública, COM (2011) 896 final, la Propuesta de Directiva sobre contratación por parte de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM (2011) 895 final; y la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, COM (2011) 897, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de abril de 2012.

La reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011. Para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio (<<value for money>>).

(15). Sin duda alguna, la novedad más relevante de la LES, en materia de contratación pública, es la regulación de la potestad de modificación de los contratos; el nuevo régimen del <<ius variandi>>, o facultad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la Administración. Conviene leer, en esta materia, la Circular Nº 1/2011, de la Abogacía General del Estado, de 7 de abril de 2011, sobre el <<Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público>>.

(16). Esta norma modifica en su artículo 7, el artículo 49.1 LCSP dedicado a las prohibiciones de contratar, incluyendo en el párrafo c) como causa de prohibición, junto con las infracciones muy graves en materia social, la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que consiste en no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores en la Seguridad Social. El artículo 5 establece que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la

propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos.

(17). Esta Ley transpone la Directiva de la Unión Europea 2009/81/CE, de 13 de julio, sobre contratación en los sectores de defensa, pero aprovecha para reformar nueve artículos de la LCSP, alguno de ellos afectado por la Ley 34/2010 o por la Ley 2/2011. La Ley incorpora un nuevo párrafo final del apartado 2 del artículo 310LCSP, introducido por la Ley 2/2011, según el cual <<sin embargo>>, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos. Esta modificación plantea la duda de su adecuación al Derecho europeo de los contratos públicos, en concreto en lo que respecta a la Directiva 89/665/CEE. También Añade un nuevo apartado 8 al artículo 210 LCSP, excluyendo expresamente la posibilidad de que los subcontratistas, ejerzan la acción directa frente a la Administración contratante por

las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos

(18). Esta ley introduce en la LCSP un nuevo artículo, el artículo 70 bis, según el cual los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello resulte obligatorio, que los licitadores cumplan con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante LISMI), relativo a la obligación de contar con un 2% de los trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. Este mandato es de compleja aplicación en la práctica de la contratación pública, pues el criterio cuya aplicación se impone no tiene relación alguna con el objeto del contrato, tal y como exige el artículo 134 LCSP.

(19). Como advierte el Consejo de Estado, en Dictamen 1311/2011 de 22 de septiembre de 2011, las vigentes fórmulas no cumplían ya con el mandato de reflejar esta ponderación, como ha señalado alguna de las empresas intervinientes en el trámite de información pública; mientras que la supresión legal del concepto <<mano de obra>> responde —según también se ha advertido, pensando en los supuestos de contratos de obras— a una profunda transformación de los procesos constructivos de obras públicas como consecuencia de la aplicación de nuevas tecnologías, de forma que dicho componente ha perdido peso en beneficio de los materiales básicos y la energía, en el conjunto de factores que deben sopesarse para calcular el coste de las obras. Una cuestión de cierta relevancia es, por ello, la de definir el llamado <<coste o término fijo no revisable>> (el integrado por la mano de obra, costes financieros, gastos generales y beneficio industrial).

(20). En concreto, estas llamadas se recogen en los siguientes artículos: Artículo 16 Medidas e instrumentos económicos: “Las administraciones públicas promoverán en el marco de contratación de las compras públicas el uso de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas”. Artículo 21. Recogida, preparación para la reutilización, reciclado y valorización de residuos. “Así mismo, se impulsarán medidas de promoción de los productos preparados para su reutilización a través de la contratación pública y de objetivos cuantitativos en los planes de gestión”, y Apartado 15 del Anexo IV Ejemplos de medidas de prevención contempladas en el artículo 15: “Incorporación de criterios medioambientales y de prevención de la generación de residuos en las compras del sector público y de las empresas. En relación con las compras del sector público, los mencionados criterios podrán integrarse en los pliegos o documentación contractual de carácter complementario, como criterios de selección o, en su caso, de adjudicación, de acuerdo con el Manual sobre la contratación pública con criterios medioambientales publicado por la Comisión”.

(21). Corrección de errores BOE de 3 de febrero de 2012.

(22). El concepto de <<fe pública>>, tiene su origen en las palabras fides (fidelidad) y populicum (del pueblo), y significa la acción de autorizar o legalizar alguna cosa para que sea auténtica con arreglo a Derecho. La fe pública emana del poder del Estado para autenticar de forma oficial aquellos actos que por su relevancia e incidencia en la sociedad, deben estar sometidos a los principios de certeza y seguridad jurídica.

(23). El artículo 5 del Reglamento de Contratación de 2 de julio de 1924 determinaba que <<el Secretario de la corporación contratante asistirá a la subasta y dará fe de ella cuando su importe no exceda de 50.000 pesetas. Se exceptuarán los casos en que, por acuerdo de la Corporación, autorice la subasta un notario. Si la cuantía excede de la citada suma, la subasta habrá de ser autorizada por un notario, según dispone el artículo 162 del Estatuto>>. El Estatuto de 8 de marzo de 1924 disponía en su artículo 162, que <<las subastas cuya garantía exceda de 50.000 pesetas han de ser autorizadas por un notario>>.

(24). En este sentido, el artículo 142, 8.a del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, al determinar como atribución del Secretario <<autorizar todas las licitaciones, sorteos, contratos y actos análogos en que intervenga la Entidad, con las garantías y responsabilidades inherentes al depositario de la fe pública administrativa>>.

(25). Así lo establece el artículo 1278 CC al señalar que: <<Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez (objeto, causa y consentimiento de las partes, artículo 1261 CC)>>. Esta regla general se complementa con la excepción recogida en el artículo 1279 del CC al decir que: <<Si la ley exigiere el

otorgamiento de escritura, u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez>>.

(26). Esta ley modifica los artículos 40 y 70 LCE, al establecer que: <<El documento en que se formalice el contrato de obras será, en todo caso, administrativo, siendo asimismo título válido para acceder a cualquier registro público. Los contratos de gestión de servicios públicos, cualquiera que sea la forma de adjudicación, una vez aprobada por el Ministerio competente, se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para acceder a cualquier registro público.>> Añadiéndose en uno y otro artículo que se <<formalizarán en escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento>>.

(27). En el Derecho Romano, bajo este principio y requisito, se comprendían tres clases de unidad: unidad de contexto, unidad de tiempo y unidad de lugar. El principio de unidad de acto es un principio típico del Derecho Civil, aunque ni el proyecto de Código Civil de 1836 ni el de 1851 recogieron este principio, que sin embargo aparece en el Código Civil en el artículo 699, cuando establece las formalidades del testamento abierto.

(28). La excepción es la Disposición adicional octava de la Ley 57/2003, de 16 de medidas para la modernización del gobierno local, que su apartado e) dispone: <<Las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas asegura a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo>>

(29). JIMENEZ AYALA, J: Gestión de Contratos de Obras de las Administraciones Públicas. Estudios de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias. Tesis doctoral inédita. Accésit al Premio Nacional 2005 de la Asociación Nacional de Constructores Independientes. Afirma el autor que el desarrollo de toda la infraestructura pública de un país a lo largo de más de un siglo ha demostrado que no se puede imponer “por decreto” (ni siquiera “por real decreto”) que las obras salgan como inicialmente estaba previsto. De hecho, las sucesivas legislaciones siempre han ido por detrás de la realidad del momento, limitando las fórmulas que se iban buscando para dar cabida a la compensación económica a los contratistas cuando las cosas no salían como debían. Casi siempre ha sido el contratista quien ha ido adaptando sus procedimientos a la ley vigente para conseguir sus objetivos económicos, y se han ido articulando en cada momento las formas de bordear dicha ley en cuanto concierne a las variaciones presupuestarias. Es claro que la legislación por sí sola no ha podido atajar el problema de fondo de las desviaciones presupuestarias. Es sabido que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, aunque su conocimiento sí que lo facilite, pero también es cierto que materiales y elementos tan poco técnicos como los que se tratan en una obra de construcción son esquivos a entender de leyes. Y no es fácil obligar al terreno a que se comporte como Dios manda, ni siquiera como la Ley o el Proyecto mandan.

(30). CARBONERO GALLARDO, JM: <<El colapso de la contratación administrativa>>. En Observatorio de Contratación Pública. [www.obcp.es](http://www.obcp.es) 26 de marzo de 2012.