

De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por la Comisión de Economía y Fiscalidad, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de Organización y Procedimiento Interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998, el siguiente

DICTAMEN

I. ANTECEDENTES

Con fecha 8 de mayo de 1998 tuvo entrada en este Consejo Económico y Social escrito del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda por el que se solicitaba, en virtud de lo preceptuado en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, que el Consejo emitiera, en el plazo de quince días, un Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

La solicitud de Dictamen fue remitida al Presidente de la Comisión de Economía y Fiscalidad para que por esta Comisión se procediera a la elaboración de la correspondiente propuesta.

Aunque la vigente Ley tiene solamente tres años de vigencia, parece oportuno efectuar su adecuación al momento actual a partir del Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997, por el que se aprueba el Programa del Gobierno para la ejecución de la política de compras públicas; de lo establecido en la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispone que “ en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de reforma de la Ley 13/1995” y de las recomendaciones de la Comisión Europea de 12 de mayo de 1995.

Como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ya ha sido objeto de varias modificaciones, la Disposición final Segunda del Anteproyecto indica que el Gobierno aprobará un texto refundido que las incorpore al objeto de facilitar la aplicación de la Ley.

El Anteproyecto de Ley, al que se acompaña una amplia Memoria, introduce una serie de modificaciones en el régimen contractual de las Administraciones Públicas con objeto de:

- Simplificar los procedimientos de contratación con respecto a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación de las Administraciones Públicas.

- Adecuar la nueva la Ley a la normativa comunitaria, ya que las Directivas del Consejo 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE de 14 de junio de 1993, de contratos públicos de suministro; y la 93/37/CEE de 14 junio, de coordinación de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido modificadas por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/92/57/CE, que dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su cumplimiento a mas tardar el 13 de octubre de 1998.

- Suprimir algunas figuras contractuales e introducir otras nuevas, caso de los contratos de arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra, más acordes con la práctica.

- Aclarar determinados preceptos en evitación de dudas interpretativas y corregir ciertas deficiencias técnicas.

El Anteproyecto de Ley se estructura mediante la modificación de la redacción de diversos artículos y la introducción de otros nuevos.

II. CONTENIDO

La Ley actual consta de 219 artículos divididos en dos Libros relativos a “Los contratos de las Administraciones Públicas en general” y a “Los distintos tipos de contratos administrativos”. Cada Libro consta de una serie de títulos divididos en capítulos que, a su vez, se encuentran subdivididos en ocasiones en secciones y subsecciones. Contiene además nueve disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

Frente a la normativa vigente, el Anteproyecto se articula mediante la nueva redacción de 102 artículos, dos disposiciones adicionales y dos finales, y la introducción de dos nuevos artículos, el 116 bis y el 213 bis, que se adicionan en el Libro I. Título VI, Sección 2 y en el Libro II, Título IV, del Capítulo V, Sección 1, respectivamente. El citado Capítulo V del Título IV, Libro II queda, pues, dividido en dos Secciones insertándose el 213 bis en la Sección 1 y comprendiendo la Sección 2 los artículos 214 y 215. Asimismo, se adicionan las disposiciones adicionales décima y undécima y se deja sin contenido el artículo 148 relativo a la liquidación del contrato de obras.

Las alteraciones que sufre la Ley 13/1995, de 18 de mayo han sido agrupadas sistemáticamente, como indica la Memoria del Anteproyecto, en 13 apartados.

1.- Administraciones Públicas sujetas a la Ley.- La Disposición Transitoria Sexta de la actual Ley, relativa a la entrada en vigor de determinados preceptos y en cuanto a los sectores del agua, energía, transportes y comunicaciones, establecía que los órganos de contratación en los sectores citados no estarían obligados a cumplir las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas hasta el 1 de enero de 1997. No aclaraba que los umbrales aplicables serían los de la Directiva 93/38/CEE y no los de

la propia Ley, aclaración que se efectúa en los artículos 178.3, apartado que se adiciona en el Anteproyecto, para los contratos de suministros y 204.3, que también se añade, para los de consultoría y asistencia técnica y servicios, y por su remisión a este último en el artículo 94.2 referente a la notificación y publicidad de las adjudicaciones.

Las cuantías que figuran en el texto actual, que fueron establecidas por la Orden de 11 de abril de 1996, han sido actualizadas.

Respecto a la modificación de la Disposición Final Segunda 2, apartado 2, relativa a las referencias a las Administraciones Públicas y órganos de la Administración General del Estado, la propia Memoria del Anteproyecto aclara su sentido en la necesidad de respetar las competencias organizativas de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

Finalmente, y dentro de este apartado 1, tanto el artículo 188.1, referido al contrato de suministro, como la Disposición Adicional Novena en cuanto a las normas específicas en materia de Régimen Local para la utilización del procedimiento negociado en los contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, el Anteproyecto fija en un 3% el límite señalado para la utilización del procedimiento negociado en los tipos de contratos citados en el artículo 88.3 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local -Contratación- frente al 2% de la Ley actual, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 141.g), 183. apartado i) y 211 apartado h), relativos al citado procedimiento negociado sin publicidad.

El propio artículo 188.1 del Anteproyecto en cuanto al pago en metálico y en otros bienes en la ejecución del contrato de suministro, indica que el compromiso de gasto correspondiente se limitará al importe que del precio total del contrato no se satisfaga mediante la entrega de bienes al contratista, sin que sea de aplicación lo preceptuado en el artículo 58 de la Ley General Presupuestaria de 23 de setiembre de 1988,(modificado por la Ley 13/96, de 30 de diciembre) respecto a la Administración del Estado o en el artículo 146.3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, de idéntica redacción.

Se determina que los Consorcios con participación pública mayoritaria se sujetan a la Ley.

2.- Contratos. Siguiendo la misma sistemática que la Memoria del Anteproyecto, dentro de las diferentes figuras contractuales que en él se regulan, se estructuran tres grandes bloques: contratos que se suprimen, nuevas figuras contractuales y aquellos con finalidad aclaratoria de preceptos y posibles deficiencias técnicas en su redacción.

La supresión del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, entendiéndolo por ellos los que se celebran excepcionalmente por la Administración, cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos, se sustenta en el hecho de que tienen perfecta ubicación dentro de los contratos de consultoría y asistencia.

El Anteproyecto modifica, por ello, el artículo 197.2 de la actual Ley, adicionando “en particular, los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de

su titulación académica”. Como la propia Exposición de Motivos señala, la colaboración con profesionales que tal contrato pretendía atender, puede articularse a través de los contratos de consultoría y asistencia, evitando así las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales suscitaba en la práctica.

Se admiten, con ciertos límites, los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra, regulándose sus figuras en los artículos 12.2.c) y 14.3. Con ello se solventan las dificultades que para su utilización suponía la prohibición de precio aplazado, salvo que una ley lo autorice expresamente, prevista en la actual redacción del artículo 14.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo. El límite máximo para su pago será de cinco años a partir de la adjudicación del contrato, salvo que el Consejo de Ministros autorice una mayor duración.

Asimismo, se regulan como novedad los contratos con empresas de trabajo temporal, que, sin duda por error, en la Exposición de Motivos y en la propia Memoria del Anteproyecto se califican de empresas de trabajo personal.

El Anteproyecto especifica claramente que la duración máxima de los contratos con empresas de trabajo temporal no podrá superar los seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga.

Frente a lo preceptuado en el artículo 7.2 de la Ley 14/994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, que permite que si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continua prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido, el Anteproyecto dispone, concretamente, la imposibilidad de incorporación del personal procedente de las citadas empresas como personal de las Administraciones Públicas.

También el Anteproyecto de Ley matiza en la nueva redacción del artículo 202, relativo a los contratos menores por ser su cuantía no superior a 2.000.000 de pesetas, que no existirán los contratos menores cuando se concierten con empresas de trabajo temporal.

En cuanto a la finalidad aclaratoria de determinadas figuras contractuales, el Anteproyecto de Ley precisa el régimen jurídico de ciertos contratos y su carácter de privados, que no se deducía expresamente de la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Al efecto, se aclara el régimen jurídico de los contratos bancarios, de inversiones, de creación e interpretación artística y literaria, de espectáculos, es decir, los contratos comprendidos en las categorías 6 -servicios financieros- y 26 -esparcimiento, culturales y deportivos- del artículo 207 de la Ley 13/1995, afirmando que se regirán por las normas de Derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción.

Respecto a la preparación y adjudicación, los contratos privados de las Administraciones Públicas, en defecto de normas administrativas específicas, se llevarán a efecto con sujeción a las normas de esta Ley.

En cuanto a los contratos patrimoniales enumerados en el artículo 9.1, en defecto de normas específicas, se rigen por la presente Ley, lo que no constaba de manera expresa en la redacción anterior de la Ley 3/1995. Frente a la redacción “...se regirán por la

legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicables en cada caso”, el Anteproyecto dispone “...se les aplicarán, con carácter preferente, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas”.

Finalmente y para cerrar el contenido de este apartado 2 relativo a los contratos, el Anteproyecto de Ley considera con carácter aclaratorio del régimen jurídico de los contratos, el artículo 8 sobre contratos administrativos especiales, el 57 sobre contratos menores y otros artículos que la Memoria del Anteproyecto de Ley enumera.

3.- Órganos y Mesa de Contratación. Los órganos de contratación vienen enumerados en el artículo 12 y en el 70 en cuanto a la aprobación del expediente una vez completado. La nueva redacción de los apartados 1, 4 y 5 del artículo 12 del Anteproyecto se encamina a resolver las dudas existentes en caso de presencia de diversos órganos de contratación afectados, de un Departamento o varios, y de diversas Administraciones. La Ley sigue el criterio de que el órgano de contratación es único.

Las dudas existentes sobre si la Seguridad Social y demás Entes Públicos pueden constituir Juntas de Contratación, las resuelve la Ley en sentido afirmativo en su artículo 12.4.

Por su parte, el artículo 117 del Anteproyecto de Ley, relativo a los contratos celebrados en el extranjero por el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, consecuencia de la aplicación del artículo 223 del Tratado de Roma, así como aquéllos que se requieran para el cumplimiento de misiones de paz con participación de Fuerzas españolas, que se celebren y ejecuten en el extranjero, dispone que serán formalizados por el Ministro de Defensa.

En cuanto a la Mesa de Contratación, la finalidad de la nueva redacción del artículo 82.1 es la fijación, en el procedimiento negociado, de que la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación.

Las medidas que se recogen tratan, en definitiva, de simplificar los procedimientos.

4.- Empresarios y Contratistas. Dentro de este apartado se examina la capacidad y solvencia de los mismos, el régimen de incompatibilidades y la clasificación de profesionales.

En cuanto a la capacidad de obrar de los empresarios personas jurídicas, la nueva redacción del artículo 15.2 del Anteproyecto no hace más que redactar de forma más correcta el artículo 15 de la Ley 13/1995, que parecía exigir la inscripción en el Registro Mercantil de todas las personas jurídicas. La redacción de los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, ya había aclarado esta cuestión. En buena técnica jurídica parece procedente incorporarla al texto legal.

La incorporación de la cuenta de resultados como medio de acreditar la solvencia económica y financiera se incluye en el artículo 16.1 b).

En el tema de las incompatibilidades se subsana un simple error de cita en el artículo 20. e), ya que debería mencionarse la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de

los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

También se flexibiliza, en la línea de las Directivas Comunitarias, el impedimento a la concurrencia de las empresas a licitaciones cuando hubieran participado en la elaboración de especificaciones técnicas de los contratos. La redacción del artículo 53.3 del Anteproyecto añade que el impedimento de concurrencia a las licitaciones afectará “siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia”.

Finalmente, en el artículo 198.2 del Anteproyecto, antes el 198.3 de la Ley 13/1995, se matiza la incompatibilidad entre la adjudicación de los contratos de obras y de consultoría y asistencia que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de la obra.

Respeto a la clasificación para profesionales, se hace innecesario el expediente de suspensión de clasificaciones regulado en el artículo 34, consecuencia de la nueva redacción del artículo 21.

Se da nueva denominación al Registro Oficial de Contratistas del artículo 35, pasando a titularse Registro Oficial de Empresas Clasificadas.

El artículo 26, relativo a excepciones de clasificación, suprime la excepción de clasificación para profesionales.

5.- Subcontratistas y suministradores. Como indica la Memoria del Anteproyecto, el contenido de la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, para incorporar al Proyecto de Ley de reforma de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea el 12 de mayo de 1995, relativa al pago de las transacciones comerciales, está fuera de lugar, ya que la Ley actual las incorpora en sus artículos 100.4 para los contratistas y 116.2 c) para los subcontratistas. Además el artículo 166 contempla el supuesto de que la Administración no hiciera efectiva al contratista la contraprestación económica y la Disposición Transitoria Octava regula los efectos de la falta de pago a los contratistas de los contratos ya adjudicados antes y después de la vigencia de la Ley 13/1995.

La incorporación al texto del artículo 116 bis relativo al pago a subcontratistas y suministradores, tiene como finalidad salvaguardar sus derechos y facilitar la subcontratación.

En cuanto al pago del precio, el Anteproyecto incorpora un número 7 al artículo 100 en el sentido de que los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato sólo podrán ser embargados para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores, todo ello sin perjuicio de la legislación tributaria y de Seguridad Social.

6.- Garantías. Destacar en cuanto a las provisionales, reguladas en el artículo 36.1, que pueden constituirse en la Caja General de Depósitos o sus Sucursales en las

Delegaciones Provinciales del Ministerio de Economía y Hacienda, cualquiera que sea el órgano de contratación. Con ello se evita a los licitadores desplazamientos innecesarios.

Asimismo, se establece un nuevo sistema de garantías provisionales, en unos casos exigibles necesariamente y en otros potestativamente, en función de la importancia económica del contrato, manteniéndose el carácter facultativo en el procedimiento negociado regulado en el artículo 36.5 del Anteproyecto.

Respecto a las garantías definitivas, se subsana el concepto erróneo de presupuesto reseñado en el vigente artículo 37.1 de la Ley 13/1995 y se matiza que la garantía definitiva es el importe de la “adjudicación” y no del presupuesto.

En el caso de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiera estado incurso en presunción de temeridad, se reduce al 20% la garantía total fijada en los artículos 37.4 y 84.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en su redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

Se recoge la posibilidad de dispensa de estas garantías definitivas en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales, cuando se haga constar en el pliego de cláusulas administrativas especiales, así como también que dicha garantía pueda llevarse a cabo en forma de retención del precio.

7.- Expediente de contratación y procedimiento de adjudicación. En la fase de tramitación y a lo largo del articulado las modificaciones que se introducen tienen como finalidad ordenar más sistemáticamente su regulación; descartar las prórrogas tácitas; fijar la diferencia entre fraccionamiento de los contratos y división por lotes; y excluir, en la tramitación urgente, la resolución automática por falta de iniciación en los supuestos de que no sea imputable ni al contratista ni a la Administración.

Se modifica el artículo 118 en el sentido de adicionar un apartado 4 al objeto de señalar que al expediente de contratación deberá incorporarse la comunicación efectuada al Registro Público de Contratos.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación contractual, el Anteproyecto, en términos generales, reduce los plazos de publicidad cuando no sea preceptivo llevarla a cabo en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

8.- Modificación, revisión de precios, cumplimiento, resolución y nulidad del contrato. En el artículo 60.3.b) referente a las prerrogativas de la Administración, se indica que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si bien la nueva redacción, en cuanto a la determinación del importe, matiza que debe hacerse “con exclusión del IVA”.

En materia de revisión de precios se modifica el artículo 104.1 de la Ley 13/1995, en el sentido de elevar de seis meses a un año el plazo exento de revisión, a la vez que en su apartado 2 dispone la no revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte mediante contratos de arrendamiento financiero, arrendamiento con opción a compra y contratos menores. Estos últimos, como se ha indicado, se definen por razón de la

cuantía, y el propio artículo 57 del Anteproyecto recoge que no podrán ser objeto de prórroga ni de “revisión de precios”.

En cuanto a su cumplimiento, se simplifica la escala de penalidades por demora en la ejecución; se contempla la posibilidad de otro tipo de penalidades distintas a las enumeradas en la Ley en el pliego de cláusulas administrativas; y se aclara en el artículo 96.7 el supuesto de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones por parte del contratista.

Respecto al pago del precio, el Anteproyecto modifica la vigente Ley en el sentido de incluir previsiones para el supuesto de no existir crédito presupuestario suficiente para proceder al abono del saldo total resultante de la liquidación.

Se establece, asimismo, que el pliego de cláusulas administrativas fije un plazo distinto del mes para la recepción de los contratos, adicionando al actual artículo 111.2 “o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características del objeto del contrato”.

En materia de resolución de los contratos y nulidad de los mismos el Anteproyecto se limita a establecer una serie de consideraciones jurídicas en cuanto al informe preceptivo del Consejo de Estado en la formalización de los contratos, su invalidez y causas de nulidad, a la vez que remite a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en concreto a sus artículos 102 y 103 sobre revisión de los actos nulos y anulables.

9.- Contrato de Obras. A través de los artículos 122, 124.1 y 125, relativos a los proyectos de obras, contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración, así como la presentación del proyecto por el empresario, respectivamente, se trata de aclarar y completar su régimen jurídico mediante la especificación de la responsabilidad de los autores del proyecto y prevenciones especiales en los casos de contratación conjunta de proyecto y obra.

En el tema del replanteo del proyecto recogido en el artículo 129, se aclara en su apartado 1 que la disponibilidad de terrenos será requisito indispensable para la adjudicación; en su apartado 2, que se dispensará del previo requisito de disponibilidad de terrenos en la tramitación de expedientes de contratación de obras de infraestructuras hidráulicas y de transportes; y en su apartado 3, que en los supuestos de cesión de terrenos por entidades públicas, será suficiente aportar los acuerdos de cesión y aceptación por los órganos competentes para certificar la disponibilidad de los terrenos.

En cuanto al contrato de concesión de obras públicas, la propia Exposición de Motivos indica que la redacción del artículo 130 tiene una finalidad aclaratoria de su régimen jurídico.

El artículo 130 recoge la posibilidad, ya prevista en el artículo 8.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas, de que el concesionario pueda ser una sociedad a constituir.

En materia de adjudicación del contrato, los supuestos y plazos de publicidad de licitaciones regulados en los artículos 135 y 137 del Anteproyecto, se acomodan al contenido de la Directiva del Parlamento y del Consejo 97/52/CE.

Por lo que atañe al procedimiento negociado, se restringe el concepto de obras complementarias y se eleva el límite por razón de la cuantía dada la cifra, muy baja, que figura en el Apartado IV.1.B.b) del Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997, además de coincidir con la que delimita la figura del contrato menor, creando dificultades de interpretación y aplicación de los preceptos respectivos.

En cuanto al cumplimiento de la obligación de pago por parte de la Administración, se aclara la actual redacción del artículo 145.1 que especifica el plazo de 10 días para expedir las certificaciones de obra, omisión que, como dice la propia Memoria, es un grave error de la redacción actual, por cuanto determina el inicio de la obligación del pago de intereses y su cumplimiento no puede dejarse a voluntad de la Administración.

En la modificación del contrato de obra, el Anteproyecto suprime la comisión de arbitraje y se mantiene el antiguo sistema de que el contratista que no acepte los precios fijados por la Administración queda exonerado de ejecutar las obras.

En materia de resolución del contrato de obra, la novedad del artículo 150.e) reside en que refiere los porcentajes de modificación al importe del contrato primitivo con exclusión del IVA.

Asimismo, y en relación con el citado artículo 150.e), se reduce del 50 al 30% el porcentaje de lo que se considera alteración sustancial, entendiendo por tal la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30% del importe del presupuesto.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, el artículo 152 aclara el concepto de “obras dejadas de realizar” en el sentido de que son las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato inicial y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieren ejecutado.

Finalmente y para terminar este punto 9, el Anteproyecto de Ley, en cuanto a la ejecución de obras, establece, fuera de una serie de casos que cita en el artículo 153, la necesidad de la redacción y aprobación del correspondiente proyecto.

En el caso de que la ejecución de obras se efectúe mediante contratos de colaboración con empresarios particulares, los contratos tendrán carácter administrativo, pero no constituirán contrato de obras, ya que la ejecución de tales obras corre a cargo del órgano gestor de la Administración.

Cuando la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales aptos para la realización de la obra y también en el caso de que posea elementos auxiliares utilizables en la obra y cuyo empleo suponga una economía superior al 5% del importe del presupuesto o una mayor celeridad, la ejecución de obras por la Administración no podrá sobrepasar en la contratación con colaboradores el 50% del importe total del proyecto.

10.- Contrato de Gestión de Servicios Públicos. Las modificaciones en su regulación se fijan en el artículo 155.2, en el que se suprime la sociedad pública mayoritaria de la exclusión de la aplicación de la Ley.

En este contrato se fijarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares la duración y las prórrogas sin que el plazo total, incluidas estas últimas, pueda exceder de 50 años.

Acorde con el criterio reflejado en el Apartado IV.1.BV.b) del Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997, se eleva el límite cuantitativo a cinco millones de pesetas para la utilización del procedimiento negociado.

11.- Contratos de Suministro. En este punto el Anteproyecto refleja los supuestos y plazos de publicidad consecuencia de la incorporación del contenido de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, de 13 de octubre. Asimismo, aclara en la Disposición Adicional undécima y en el artículo 184.1, la posibilidad de adhesión al sistema de contratación centralizada.

12.- Contratos de Consultoría y Asistencia y de Servicios. Debe destacarse que estos contratos no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años y sus prórrogas no pueden exceder del plazo superior fijado inicialmente. En materia de determinación del precio, la nueva redacción del artículo 203.2 pretende minimizar al máximo el sistema de precio a tanto alzado.

En los supuestos de publicidad a que se refiere el artículo 204 de este Anteproyecto, se incorpora el contenido de la citada Directiva 97/52/CE, si bien la misma y en cuanto a servicios, establece un complejo sistema de fijación de umbrales, según órganos de contratación y tipos contractuales.

En el procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 211.d), se fijan una serie de requisitos respecto al contrato principal que de alguna manera restringen el concepto de estudios, servicios o trabajos complementarios.

También y siguiendo el tantas veces citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997, se eleva el límite de utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía (presupuesto inferior a 5.000.000 de pesetas).

Por su parte, el artículo 213 bis, relativo al cumplimiento de estos contratos, incorpora su normativa reguladora al no ser de aplicación con carácter supletorio las normas del contrato de obras, como ocurría en la legislación anterior.

En cuanto a las causas de resolución, se indica en su artículo 214 que la base para el cómputo de modificaciones es el precio primitivo del contrato, y respecto a los efectos de la misma, en los supuestos de suspensión de la iniciación del contrato, se elevan los porcentajes de indemnización del 3 y 6% al 5 y 10%, respectivamente.

13.- Normas Básicas y no Básicas. La futura ley de Contratos de Administraciones Públicas constituye legislación básica sobre contratos administrativos por virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución y por ello de aplicación general a todas las Administraciones Públicas enumeradas en su artículo primero, salvo una serie de artículos o parte de los mismos que serán de aplicación general en defecto de regulación específica de las Comunidades Autónomas. En la Disposición Final Primera se enumeran

con la finalidad de que las normas no básicas sean acordes con el nuevo contenido de la Ley.

III. OBSERVACIONES GENERALES

Como ya ha quedado expuesto en los Antecedentes, el Anteproyecto de Ley, objeto de este Dictamen, trata de simplificar los procedimientos de contratación, adaptar la legislación española a la normativa comunitaria, suprimir ciertas figuras contractuales, introducir otras nuevas y aclarar determinados preceptos y deficiencias de tipo técnico.

Estas razones justifican la modificación propuesta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que es objeto del presente Dictamen, mereciendo en este sentido, una valoración positiva por parte de este órgano consultivo.

No obstante este Consejo considera conveniente formular, con carácter general, las siguientes observaciones:

- Si bien el Anteproyecto contempla ciertos avances en aras a la simplificación de los procedimientos de contratación, plasmados sustancialmente en su artículo 80, a juicio de este órgano consultivo debería plantearse de forma más decidida, favoreciendo con ello el acceso a este tipo de contratación de numerosas empresas, en particular pequeñas y medianas, sin que, en ningún caso, la citada simplificación suponga merma de las garantías y controles oportunos. En el mismo sentido, los procedimientos de contratación deberían atender únicamente aquellos requerimientos formales exigidos por la naturaleza y objeto de la contratación, a fin de evitar limitaciones no justificadas en la actividad económica de las empresas.

- Como es bien sabido, los presupuestos de los entes locales deben contener partidas para atender las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores, siendo los Alcaldes, ordenadores de pagos naturales (artículo 167/1, Ley 39/1988), los que deben tener presente, en esas órdenes de pagos, la prioridades de dichas obligaciones derivadas de ejercicios anteriores.

Esos dos mandatos legislativos sistemáticamente se incumplen, sin que pueda hacerse recaer sobre las empresas acreedoras la carga adicional de exigir, ante los Tribunales de Justicia, el restablecimiento de la legalidad vulnerada.

El CES considera necesario que para corregir la preocupante y habitual morosidad de muchos entes locales, la Administración del Estado debería hacer uso de la competencia de control de la legalidad que le reconoce el artículo 65 de la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y en idéntico sentido lo preceptuado en el artículo 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de abril.

Junto a esta vía judicial contencioso-administrativa, el Gobierno de la Nación debería promover un estudio sobre este tipo de prácticas, con evaluación de las irregularidades que se detecten, a fin de adoptar las medidas que en derecho correspondan y recabar las responsabilidades funcionariales pertinentes.

En este sentido, y siendo consciente el CES de que la problemática señalada no afecta únicamente al ámbito de aplicación de la norma que se dictamina, sino que, por el contrario, implica otros supuestos de irregularidad de pago por la Administración a una amplia variedad de acreedores, sería conveniente que en el marco jurídico que corresponda se prevean vías de solución efectivas a esta problemática. Entre ellas no debería descartarse la posible embargabilidad de determinadas partidas presupuestarias que no tengan relación con gastos destinados a atender actividades de servicio público, ello con el apoyo jurídico que ofrece la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1997, de 10 de febrero.

- La figura del Arbitraje, merece, en opinión del Consejo Económico y Social, ser tenida en cuenta al objeto de llamar la atención sobre la posibilidad de potenciar esta figura y reflexionar sobre la forma de su implantación. Parece oportuno establecer un mecanismo arbitral técnico e independiente para solucionar en breve plazo los conflictos que provoca entre todos los que intervienen en la contratación pública.

IV. OBSERVACIONES AL ARTICULADO

Las consideraciones que este Consejo realiza en relación con el articulado de la norma, se extienden tanto a observaciones al vigente texto legal sobre las que el Anteproyecto guarda silencio, como a innovaciones introducidas por el mismo.

Artículo 5. Carácter administrativo y privado de los contratos.

La propuesta modificativa del Anteproyecto contenida en el apartado 2.a) de este artículo, se concreta en exceptuar de la consideración de contratos administrativos, los comprendidos en la categoría 6 y 26 del artículo 207 del vigente texto legal. Al respecto, este Consejo entiende que hubiera sido conveniente explicitar en la Memoria que acompaña al citado Anteproyecto las razones que justifican tal propuesta.

Por otra parte, plantea dudas la referencia a contratos bancarios en el precitado artículo 5, en relación con la previsión del artículo 3.k) del vigente texto, que señala que quedan fuera del ámbito de la ley las operaciones financieras como préstamos, créditos o análogos, así como los contratos relacionados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores.

Artículo 20. Prohibición de contratar.

Dado que la tipificación de los delitos que establece al artículo 20.d) de la Ley 13/1995, no se corresponde exactamente con la que realiza el Código Penal, en el que para nada se habla de delitos contra la seguridad y libertad en el trabajo, ni de delitos en materias tales como la disciplina de mercado, materia profesional o de integración social de minusválidos, sería necesario e indispensable que las conductas que tengan que dar lugar a prohibiciones de contratar estuvieran perfectamente tipificadas, definidas y coordinadas con lo que dice el Código Penal.

Artículo 55. Formalización de los contratos.

Apartado 3

La supresión que se proyecta en relación al informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en caso de formulación de oposición del contratista al acuerdo de resolución del contrato por falta de formalización del mismo imputable a aquél, anula una vía de oposición a la resolución administrativa que a juicio de este Consejo debería mantenerse. A estos efectos se considera oportuno mantener, como trámite necesario, en estos supuestos, el preceptivo informe del Consejo de Estado o acudir a un procedimiento arbitral.

Artículo 60. Prerrogativas de la Administración.

En consonancia con la línea argumental desarrollada en el comentario al artículo 55, apartado 3, debería mantenerse, igualmente, en este supuesto, el preceptivo informe del Consejo de Estado o el procedimiento arbitral propuesto en este Dictamen para el artículo 55, tanto en los supuestos contemplados en el apartado 3.a) del presente artículo, sin ninguna excepción, como respecto al apartado 3.b), con el objeto de diseñar un procedimiento homogéneo en todas estas situaciones.

Artículo 79. Publicidad de las licitaciones.

El Anteproyecto de Ley pretende acortar los plazos en esta materia, sobre la base de que la agilidad que pretende es necesaria en el sector sanitario.

Comoquiera que esa reducción de plazos puede llegar a ser contraria a la plena concurrencia de proyectos de obras, en los casos en que estas son complejas y necesitan de un detenido estudio, se propone que este artículo 79 deje de estar ubicado en el apartado de la ley relativo a Disposiciones Generales y que de él deriven dos nuevos artículos: uno relativo a los contratos de obras, en el que se respeten los plazos actualmente vigentes, y otro relativo a los contratos de suministros y otros, en que los plazos se acorten, tal y como pretende el Anteproyecto.

Artículo 82. Mesa de contratación.

La mesa de contratación es un instrumento establecido en garantía de la mayor transparencia y acierto de la decisión, por lo que no se comprenden las razones de su supresión como órgano obligatorio en el procedimiento negociado, con lo que se refuerza enormemente la discrecionalidad del órgano de contratación y se agiliza el procedimiento a costa de la transparencia. Las consecuencias de esta modificación se intensifican si se tiene en cuenta la elevación de los límites cuantitativos para la utilización del procedimiento negociado.

Artículo 87. Criterios para la adjudicación y el concurso.

Los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos.

En concreto, fines como la promoción del empleo, de la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el empleo, la contratación con empresas de economía social, o aspectos medio-ambientales son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación. Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todo los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos criterios a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista.

Si la creación de empleo es objetivo prioritario en la actuación de los poderes públicos, es claro que aquellas ofertas que supongan un mayor nivel de ocupación han de contar con la posibilidad de una valoración ponderada en los criterios de adjudicación del concurso.

Del mismo modo, tampoco la Ley ha de vedar que la Administración pueda considerar como factor a valorar que el adjudicatario cuente con un volumen de plantilla con contrato estable.

Asimismo, la introducción de aspectos tales como la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, o de protección medio-ambiental, no han de pasar desapercibidas para el órgano de contratación. En otro caso, el esfuerzo económico que puede suponer su implantación no sólo no se vería compensado, sino que el eventual incremento del precio desincentiva directamente la posibilidad de la efectividad de tales medidas.

Por todo ello, la enumeración de criterios que se lleva a cabo en el art. 87 de la Ley, como “Criterios para la adjudicación del concurso” habría de comprender una cláusula social, que pueda ser valorada junto con los demás criterios en el propio pliego: el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, la condición de empresa de economía social, la adopción de medidas de protección del medio ambiente, y la acreditación de determinado nivel de contratación laboral estable en la obra o servicio contratado.

Artículo 100. Pago del precio.

El CES considera que la asunción por las Administraciones Públicas del pago del precio debido, no es sólo un imperativo legal, sino un deber ético.

Con el fin de facilitar, en la práctica, el cobro de ese precio, se debería considerar la elevación del interés a abonar, a partir de una cierta demora en el pago. Criterio que se entiende necesario se extienda en su afeción a todo el sistema de contratación, es decir a las obligaciones del pago del contratista con los subcontratistas o suministradores.

En esta línea, la modificación que se propone tendrá que tener en cuenta la futura Directiva *sobre los retrasos en los pagos en las transacciones comerciales*, cuya propuesta provisional fue aprobada por la Comisión Europea el 24 de marzo del corriente año.¹

Asimismo se entiende oportuno dotar a los contratistas de un documento que acredite los intereses devengados, interesándose en este sentido, incorporar al apartado 4 de este artículo un párrafo del siguiente tenor:

“A estos efectos, el organismo pagador expedirá, en el momento del pago de las certificaciones, un documento específico acreditativo y cuantificador de la deuda generada por los intereses de demora devengados, en su caso, hasta el momento del pago, los cuales se incluirán, para su abono, en la primera certificación que se expida con posterioridad”.

Por otra parte el Consejo entiende que la redacción del apartado 7.a) de este artículo 100 en su actual texto, debe modificarse al objeto de ampliar la posibilidad de los embargos de abonos a cuenta, para atender el pago de las deudas a los trabajadores y de las de seguridad social por los trabajos realizados en la ejecución del contrato.

Artículo 104. Revisión de precios.

Con el objeto de mantener un más ajustado equilibrio económico del contrato y la adecuación del precio del mismo a los costes reales de ejercicio, a cuya finalidad responde la revisión de precios, se propone modificar el texto propugnado en el Anteproyecto, en el sentido de que no entren en juego simultáneamente las restricciones referidas al 20 por 100 del importe del contrato y al primer año desde su adjudicación, de tal modo que pueda ser objeto de revisión una vez constatada una de las dos cautelas referenciadas.

Artículo 116. Subcontratación.

Apartado 2.b)

El CES no comparte la modificación del art. 116.2.b, en el sentido de permitir la subcontratación de la totalidad de las prestaciones objeto del contrato. Se considera que una gestión eficiente de los recursos públicos debe perseguir limitar la subcontratación a lo estrictamente necesario o conveniente. La subcontratación de la mayor parte o incluso

¹ COM (98) 126 final.

todas las prestaciones objeto del contrato puede significar la introducción de un sujeto o intermediario más en la relación contractual que sólo sirva para aumentar el coste del contrato sin contrapartida alguna.

Artículo 116 bis. Pagos a subcontratistas y suministradores.

Apartado 3

El plazo de 30 días para la aprobación o conformidad de la factura, o en su caso, para formular motivos de disconformidad con la misma, debe ser único, no admitiendo, por tanto, la apertura de un nuevo plazo acaecida esta última circunstancia . Por ello se propone, al objeto de evitar dudas al respecto, suprimir el inciso “Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad con la misma”.

Apartado 4

La posibilidad de renuncia expresa del acreedor al cobro de intereses en el caso de demora en el pago por el contratista, debería atemperarse concretándose tal renuncia a la existencia de pacto entre partes que contemple otras condiciones compensatorias para el acreedor, distintas al cobro de intereses.

Apartado 5

El Consejo considera que la instrumentación del pago, en el caso de que éste se convenga más allá de los 60 días establecidos en el apartado 4 del presente artículo, deberá llevarse a efecto mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria transmisible por endoso.

Artículo 133. Contratos de los concesionarios particulares.

La garantía de la clasificación o, en su caso, de la solvencia económica, financiera y técnica, reguladas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe ser exigida y acreditarse, en los términos de la misma, por las empresas que vayan a ejecutar las obras públicas objeto de la concesión, tanto si concurren conjuntamente con la concesionaria como si fueran contratadas por ésta. En este orden se propone la inclusión de un nuevo apartado 3 con la siguiente redacción:

“Para la ejecución de las obras objeto de la concesión deberá acreditarse, en su caso, la clasificación correspondiente a la naturaleza de las mismas y a la cuantía de los contratos respectivos, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”.

Artículo 137. Plazos para la presentación de proposiciones.

En razón a una patente contradicción en su contenido, derivada de una incorrecta transcripción de la Directiva Comunitaria debería eliminarse del texto de este artículo la expresión “sin que en ningún caso esa reducción pueda ser inferior a 22 días”

Artículo 147. Recepción y plazo de garantía.

La innovación que se propugna respecto al apartado 3 de este artículo, debería reconsiderarse en cuanto genera una dilación en la liberación de responsabilidades del contratista y liquidación de obligaciones de difícil justificación, entendiéndose, en todo

caso, que lo que procede es exigir la diligencia debida y necesaria al director facultativo para que redacte el informe sobre el estado de las obras en el plazo previsto. Por ello y a los efectos antes indicados de liberación de responsabilidades y liquidación de obligaciones, el transcurso del plazo de 15 días sin la emisión del informe señalado debe asimilarse en su resultado y consecuencias a su evacuación favorable.

Asimismo, y a criterio de este Consejo, sería oportuno adicionar un nuevo apartado 6 al texto del vigente artículo que establezca un supuesto con efectos análogos a los de la recepción de obras, en aquellos casos en que la obra entra en servicio antes de su recepción formal por parte de la Administración contratante. En definitiva, se pretende buscar una fórmula que permita el reconocimiento de las llamadas “recepciones tácitas”, ya sustentado por la Jurisprudencia en distintas sentencias, así como por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa.

Artículo 148. Liquidación.

Al igual que se dijo para la nueva redacción del artículo 100.4, en el caso de los intereses devengados por demora en el pago de certificaciones, se trata aquí de dotar a los contratistas de un documento que acredite los intereses devengados por demora en el saldo de liquidación. Por ello se propone la adición de un segundo párrafo al apartado 2 con el siguiente contenido:

“A estos efectos, el organismo pagador expedirá, en el momento del abono del saldo resultante de la liquidación, un documento específico acreditativo y cuantificador de la deuda generada por los intereses de demora devengados, en su caso, hasta el momento del pago de dicha liquidación.”

Artículo 159. Actuaciones preparatorias del contrato.

A este Consejo se le plantean dudas sobre si la expresión “y del de prescripciones técnicas...” utilizada en el apartado 1 del artículo en el texto proyectado se refiere por el contrario a las “cláusulas de explotación”, que adecua la nomenclatura de los pliegos a los utilizados en los contratos de gestión de servicios públicos.

Por otra parte, se propone la aplicación del silencio positivo en las solicitudes de revisión de tarifas no resueltas en un plazo prudencial, lo que exigiría añadir un segundo párrafo al apartado 1 del artículo con la siguiente redacción:

“A los efectos de la revisión de tarifas que resulte contractualmente aplicable, y que estén objetivadas y cuantificadas en el contrato, se entenderá que la empresa contratista, transcurrido un mes desde la correspondiente solicitud de aquélla sin haberse resuelto sobre la misma, podrá proceder, sin más dilación, a la revisión solicitada y a girar a los usuarios los correspondientes recibos con las nuevas tarifas ya revisadas. En el caso de que no se de esa cuantificación y objetivación, la Administración deberá establecer los medios necesarios para que en el plazo máximo de dos meses se haya procedido a la revisión pactada de las tarifas.”

Artículo 197. Concepto.

Apartado 2.b) último inciso.

No se comparte la nueva regulación dada a los contratos de asistencia técnica y servicios, en la que se incluye expresa referencia a los profesionales contratados en función de su titulación académica. Como la propia Memoria reconoce, el contrato para trabajos específicos, concretos y no habituales, que el Anteproyecto suprime, tenía un carácter residual y su utilización planteaba numerosos problemas; entre ellos cabe destacar el hecho de que con cierta frecuencia tales contratos eran calificados por la Jurisdicción Social como relaciones laborales encubiertas y, en consecuencia, concertadas en fraude de ley, con las consecuencias inherentes a dicha declaración.

Por ello se estima conveniente restringir estos contratos que celebra la Administración con profesionales, en función de su titulación, a aquellos servicios relacionados con los recogidos en anteriores apartados de este artículo 197.2b) en los que predomine las prestaciones de carácter intelectual y que no supongan la realización de las tareas propias de los empleados públicos.

En consecuencia, el CES propone la adición del siguiente párrafo al final del número 2 del artículo 197:

“Los contratos de consultoría, asistencia técnica y de servicios que celebren las Administraciones Públicas en ningún caso podrán tener como objeto de la prestación el desempeño de tareas propias de empleados públicos. En ningún caso podrán celebrarse contratos administrativos con personas físicas cuya prestación exija la integración de éstas dentro del ámbito de organización y dirección de la Administración contratante.”

Apartado 4.

Este apartado debería reforzarse en el sentido de que, además del supuesto que imposibilita la existencia de contratos que tengan por objeto servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, contemple aquellos servicios que habitualmente deban ser realizados por la Administración.

Artículo 199. Duración.

El CES, dada la propia naturaleza de los contratos de servicios y que en muchos casos requieren una mayor duración, considera que el apartado 1 debería quedar redactado en los siguientes términos:

“Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro y seis años, respectivamente, con las condiciones y límites ..., sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de seis y ocho años, respectivamente.”

Disposición adicional octava.

Si bien no es objeto de modificación en el Anteproyecto, el Consejo Económico y Social entiende que su actual redacción es insuficiente en orden a la promoción de proyectos con empresas que tengan trabajadores minusválidos.

La citada Disposición adicional establece la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se fijen preferencias en orden a la adjudicación en favor de

empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, siempre que “dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”. El Consejo considera que debería sustituirse la expresión “igualen en sus términos a las más ventajosas” por “estén en igualdad de condiciones”.

Al ser la contratación de minusválidos una obligación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos en aquellas empresas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50, su cumplimiento o incumplimiento no debe ser irrelevante a la hora de contratar con la Administración. Por ello, la contratación de trabajadores minusválidos ha de configurarse como un criterio para evaluar la idoneidad de la oferta en los términos que se establezcan en los pliegos de condiciones, siempre que estas consideraciones no graven los criterios para la adjudicación.

V. CONCLUSIÓN

El Consejo Económico y Social valora positivamente el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, también considera la posibilidad de la mejora del texto examinado en la medida en que sean atendidas por el Gobierno las observaciones generales y específicas contenidas en el cuerpo del presente Dictamen.

Madrid, 27 de mayo de 1998

El Secretario General,

VºBº El Presidente,

Ángel Rodríguez Castedo

Federico Durán López

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO D. JOSÉ LUIS PASTOR RODRÍGUEZ-PONGA, EN NOMBRE DEL GRUPO SEGUNDO, AL DICTAMEN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE

MODIFICA LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

En relación con el Dictamen del Consejo Económico y Social relativo al Anteproyecto que modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el Consejero que suscribe presenta el siguiente voto particular, en relación con dos cuestiones concretas: las prohibiciones de contratar y la cláusula social (artículos 20 y 87 de la Ley 13/95).

En relación con las **PROHIBICIONES PARA CONTRATAR**, el Grupo Segundo mantiene que el apartado d) del artículo 20 de la Ley 13/1995, debería ser modificado en el sentido de eliminar del texto actual, como prohibiciones de contratar, aquéllas que tienen su origen, no en condenas por delitos, sino en sanciones por infracciones administrativas.

A este respecto, la Ley actual habla de que tienen prohibido contratar con las Administraciones Públicas las personas (físicas o jurídicas) que hayan sido condenadas con carácter firme:

- por infracción grave en materia de disciplina de mercado,
- por infracción grave en materia profesional,
- por infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos, o
- por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de Abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La regulación actual debe ser modificada por las siguientes razones:

- a) porque un elemental principio de tipificación en materia sancionadora exige una delimitación identificadora del “porqué sancionador”; en los supuestos reseñados cabe decir que en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe, jurídicamente tipificado, el concepto de disciplina de mercado que, doctrinalmente, se encuentra acuñado para una pluralidad de sectores tales como defensa de consumidores y usuarios, competencia desleal, productos defectuosos, etc...
- b) porque tampoco está identificado, desde una perspectiva jurídica, en nuestro Derecho lo que sea la materia profesional, y
- c) porque en todo caso, en los supuestos previamente tipificados (integración laboral de minusválidos y materia social) se considera absolutamente desproporcionado el que a una sanción administrativa máxima de 15 millones de pesetas (por infracción muy grave en materia social) se le superponga una sanción accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas, con pérdidas de numerosos puestos de trabajo en aquellas empresas cuya actividad depende directamente de la contratación con las Administraciones Públicas.

Es por lo que se propone la reconsideración en profundidad del precepto mencionado.

Por otro lado y en cuanto a la necesidad de introducir en el ámbito de la contratación administrativa una **CLÁUSULA SOCIAL** -artículo 87 de la Ley

13/95- para conceder determinadas preferencias en algunos supuestos de adjudicación de contratos, el Consejero que suscribe quiere dejar claro, desde el primer momento, que no trata en modo alguno de ir contra objetivos tan respetables como la promoción y estabilidad del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores y el medio ambiente.

El alcance del voto que se especifica, tiene su razón de ser en los siguientes argumentos:

- a) Al no estar definido jurídicamente, en nuestro Derecho, qué son las empresas de economía social, sobra cualquier referencia a las mismas, máxime cuando algunas de esas empresas (consideradas como tales desde una perspectiva política) son grandes empresas que no merecen, en modo alguno, mayor protección que el resto de las pequeñas y medianas que no se califican de economía social.
- b) Por otro lado, es más que dudoso que la normativa de la Unión Europea, sobre contratación, posibilite el establecer un sistema de preferencias en la adjudicación de los contratos por razón de los caracteres subjetivos de las empresas (que sí pueden, en cambio, ser tenidas en cuenta en la fase de admisión).
- c) Finalmente, desde la perspectiva de política de empleo, debe tenerse muy presente que si bien las nuevas técnicas pueden llegar a producir una innecesariedad de mano de obra directa, no menos cierto es que en la creación y producción de estas técnicas se emplea otra mano de obra

cualificada, que podría verse seriamente perjudicada por concesión de preferencias a otros sectores de trabajadores.

De aquí que se considere que debería haber sido eliminada del Dictamen del CES, toda referencia a esa cláusula social.

En todo lo demás que no esté amparado por estas salvedades, el Grupo Segundo suscribe el Dictamen.

Madrid, a 29 de mayo de 1.998.

VOTO PARTICULAR QUE PRESENTAN LOS CONSEJEROS DE UGT, CC.OO. Y CIG, PERTENECIENTES AL GRUPO PRIMERO DEL CES, AL DICTAMEN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

Los Consejeros que suscriben el presente voto particular, discrepan del Dictamen aprobado por el Pleno del Consejo Económico y Social en los aspectos que a continuación se señalan:

Al Artículo 198.3:

Estimamos que las Administraciones Públicas, por imperativo del principio constitucional de Igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo de la Administración Pública, deben seleccionar todo su personal mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

La utilización por las Administraciones Públicas de los servicios de las ETT's tal como resulta de la dicción del proyectado art. 198 de la Ley de Contratos del Estado, no garantiza ni siquiera un principio de igualdad salarial entre los trabajadores cedidos y trabajadores eventuales de la propia Administración puesto que aquellos se regirán por el convenio de ETT's, y éstos por los relativos al personal laboral de las dependencias administrativas de que se trate, estableciéndose de hecho una discriminación salarial ante trabajos de la misma cualificación y categoría que no permite el marco constitucional.

Por otra parte, la forma en la que se establece el recurso al trabajo temporal mediante empresa interpuesta en el citado artículo del Anteproyecto de Ley que dictaminamos, ha de generar problemas de legalidad y graves dudas interpretativas. En efecto, en los términos en los que se expresa la norma, la duración máxima del trabajo eventual que puede prestarse por las ETT's a las Administraciones Públicas, tiene una duración máxima de seis meses, pero si se sobrepasara este plazo y el trabajador cedido continuara

prestando servicios para la Administración, no se aplicará lo dispuesto en el art. 7.2 de la Ley 14/1994, es decir, no se le considerará vinculado a la Administración -la empresa usuaria- por un contrato indefinido, como señala el citado artículo. De esta forma, el Anteproyecto está planteando la impunidad de este tipo de cesiones, en clara discriminación con lo que el ordenamiento prevé en el sector privado y para las empresas públicas. Además, este precepto implica la desprotección del trabajador cedido más allá del límite legal, y plantea graves problemas de interpretación al tener que armonizar este precepto con la dicción del art. 43 ET, no exceptuado en la norma, y la doctrina del fraude de ley en la contratación temporal y sus efectos.

En definitiva, el contexto en el que se produce esta desdichada innovación legislativa es el de una amplia tasa de eventualidad y de precariedad entre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en donde se da un extenso porcentaje de contrataciones ultra vires y celebradas en fraude de ley. El art. 198 del referido Anteproyecto se inscribe en esa tendencia a la precarización, alienta una contratación temporal en términos más degradados y discriminatorios respecto de la tasa de temporalidad existente en las Administraciones Públicas y agrava el problema del fraude de ley en la contratación. Estos propósitos son justamente los contrarios a los que los interlocutores sociales y los propios poderes públicos han proclamado, desde la firma del Acuerdo de Estabilidad en el Empleo, y su recepción normativa en el RDL 8/1997 y en la Ley 63/1997, acerca de una cultura de la estabilidad en el empleo, en la idea de fomentar la contratación estable y la conversión de contratos temporales en fijos. El precepto citado supone justamente la negación de esta política y de estos valores en un ámbito especialmente vinculado a la acción de gobierno como es, precisamente, el constituido por las Administraciones Públicas, y no es preciso recalcar que consideramos este hecho como algo absolutamente inaceptable.

La incorporación a las Administraciones Públicas de trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal supone transferir a estas empresas una potestad administrativa irrenunciable, ya que en tal caso no quedarían garantizados los citados principios constitucionales en el acceso a funciones públicas, que serían sustituidos por los criterios de selección de la Empresa de Trabajo Temporal.

Por otro lado, la sustitución de los mecanismos que regulan la selección del personal de las Administraciones Públicas por los instrumentos propios de la contratación administrativa permite que puedan eludirse las limitaciones que la Ley de Presupuestos Generales del Estado impone al

crecimiento de las plantillas en las Administraciones Públicas. De este modo podría ocurrir que la oferta de empleo público estuviese sujeta a restricciones presupuestarias, como de hecho viene sucediendo en los últimos años, al tiempo que paralelamente se incorporase personal eventual, a través de Empresas de Trabajo Temporal, para cubrir la escasez de la plantilla de empleados públicos.

Por cuanto antecede, estimamos que debe suprimirse el número tres del precepto comentado, en el entendimiento de que las Administraciones Públicas deben tener prohibida la contratación de personal a través de Empresas de Trabajo Temporal.

A las Observaciones Generales:

En los casos de cambio de contratista en general, y en particular, en la gestión de servicios públicos, la garantía de la estabilidad en el empleo de los trabajadores ha venido a considerarse por la Jurisprudencia Social, supeditada a lo que al respecto establezcan los propios pliegos de condiciones de la contrata. En definitiva, queda al criterio de cada Administración el imponer al nuevo adjudicatario de incorporare el personal de la anterior titular que cesaba como consecuencia de la finalización de la contrata.

Si hay una continuidad en la actividad, se afecta al principio de estabilidad en el empleo el que los trabajadores que venían desarrollándola vean extinguidos sus contratos por el simple hecho de un cambio de adjudicatario.

Es por ello que resulta imprescindible que lo que hoy constituye una potestad discrecional de cada administración a la hora de elaborar cada pliego, se configure como un verdadero criterio general que contribuya a garantizar dicho principio.

Así, se habría de prever que en los casos de cambio de contratista, los pliegos de condiciones fijaran los términos que aseguren que los trabajadores que vean extinguida su relación laboral como consecuencia de la finalización del contrato administrativo.