

La Administración contratante y los contratistas de las Administraciones Públicas

Juan José Torres Fernández
Abogado del Estado

1. EL CONTRATISTA, REQUISITOS LEGALES PARA CONTRATAR CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El artículo 15.1 de la LCAP nos dice que podrán contratar con las Administraciones Públicas las empresas, españolas o extranjeras, que, teniendo plena capacidad de obrar, acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Tener **plena capacidad de obrar**, en sentido positivo, significa ser apto legalmente para actuar como sujeto de derecho, vinculándose con otros sujetos de Derecho mediante relaciones jurídicas que pueden surgir de un contrato público. En sentido negativo puede definirse como la aptitud para contratar por no estar incurso en causa de **incapacidad o prohibición legal**. Es decir, por no estar incluido en las causas que enumera el artículo 20 de la LCAP, que agrupa causas propiamente de incapacidad como la prevista en el art. 20.b) LCAP, declaración de quiebra¹, junto con otras que son estrictas prohibiciones aun no constituyendo propiamente limitaciones de la capacidad del contratista. Por ejemplo, la incompatibilidad prevista en el artículo 20.e) de la LCAP.

Tener **solvencia económica y financiera** significa aptitud para contratar con referencia, primero, al presupuesto de licitación y, después, al de adjudicación del contrato. Cuando la empresa se encuen-

¹ Artículos 13.2 C. de Com., 244.5 C. C. y 878.1.º C. de Com. Cfr. también STS 30-6-1978 (R. J. 1978, 2629).

tra clasificada, dicha magnitud se determina, por ejemplo, para el contrato de obras, por la categoría².

Tener **solvencia técnica o profesional** supone reunir las condiciones exigidas para afrontar la ejecución del contrato atendidos su objeto, caracteres y especificaciones técnicas. La solvencia técnica o profesional mide la cualificación técnica del contratista para cumplir con el contrato.

La solvencia económica y financiera, técnica o profesional puede sustituirse por la **clasificación**. La clasificación es una declaración administrativa de la que resulta la aptitud económica y financiera, técnica o profesional de una empresa o empresario para contratar con las Administraciones Públicas. La clasificación reviste formalmente naturaleza de **acto administrativo declarativo de derechos** y vincula a la Administración relativamente. Es decir, determina una situación naturalmente dinámica y modificable a impulso de ambas partes: Administración y contratista.

2. LA PERSONALIDAD DE LAS EMPRESAS Y EMPRESARIOS

Para contratar con las Administraciones Públicas es preciso que el empresario o empresa tengan personalidad jurídica con capacidad de obrar en el tráfico jurídico (art. 15.1 LCAP).

Se ha discutido si para contratar con las Administraciones Públicas es necesario ser **empresa o empresario**.

Así, por ejemplo, en el **Informe 3/96, de 7 de marzo, la Junta Consultiva** resuelve la cuestión de si es exigible, o no, la condición de empresa o empresario para celebrar un contrato de consultoría y asistencia que había sido reparado por la Intervención General, entendiéndose que al no tener dicha condición el contratista debía formalizarse como contrato para la realización de trabajos específicos no habituales.

La Junta Consultiva, examina el artículo 15.1 de la LCAP y, tras señalar que es exigencia legal que el contratista esté al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, concluye que no existe en el Derecho español un concepto legal de empresa o empresario sin que las exigencias tributarias y de seguri-

² El artículo 26 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas determina las categorías de los contratos de obras que vendrán determinadas por la anualidad media.

dad social conviertan a una persona física o jurídica en empresario o empresa³.

También se ha examinado si es conforme a Derecho que el pliego imponga una restricción, como, por ejemplo, **la necesidad de adoptar determinada forma de organización jurídica** para poder concurrir y ser adjudicatario.

Así, en el **Informe 6/97, de 20 de marzo, la Junta Consultiva** resuelve una consulta de un Ayuntamiento en la que se pregunta si a determinada **Mancomunidad de Servicios Médicos de Empresa** le es de aplicación la LCAP. La Junta, tras analizar el régimen legal de la Mancomunidad de Médicos de Empresa en el marco del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales), llega a la conclusión de que el pliego no se ajusta a Derecho al introducir una restricción injustificada a la libre concurrencia, no autorizada por el artículo 15.1 de la LCAP.

También se ha discutido si las **entidades sin personalidad jurídica** podían, o no, contratar con las Administraciones Públicas. La interpretación que se ha dado al artículo 15.1 LCAP ha sido contraria a admitir que las **comunidades de bienes** u otras entidades sin personalidad jurídica puedan contratar con las Administraciones Públicas. Así lo dice, por ejemplo, el **Informe 56/97, de 2 de marzo, de la Junta Consultiva**, que, sobre la interpretación del artículo 15.1 LCAP, niega que las entidades sin personalidad puedan contratar con las Administraciones Públicas.

Distinto es el caso de las **Uniones de Empresarios**, que deben diferenciarse claramente de otras agrupaciones de empresas que sí tienen personalidad jurídica, como son las **Agrupaciones de Interés Económico**, reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril).

A ellas se refiere el artículo 24 de la LCAP. Este precepto permite que se contrate con Uniones de Empresarios, que se podrán constituir por dos o más personas físicas o jurídicas «... *sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor*».

Las Uniones de Empresarios así constituidas no tienen personalidad jurídica distinta de la personalidad de los empresarios que forman parte de las mismas. La **Junta Consultiva, en su Informe 49/1972, de 22 de diciembre**, nos dice que los preceptos legales reguladores de las Uniones de Empresarios «... *son concluyentes en el sen-*

³ Así lo confirma el artículo 33 de la Ley General Tributaria.

tido de la carencia de la personalidad jurídica... La terminología utilizada, el régimen interno de la agrupación, el mecanismo de las responsabilidades y de los requisitos formales constitutivos de aquella ponen de relieve, sin lugar a dudas, que nos hallamos ante una comunidad de interesados de carácter circunstancial que se sustenta en la personalidad jurídica de los partícipes, vinculados por su responsabilidad solidaria frente a la Administración...».

Uno de los problemas que se ha venido planteando en relación con las Uniones Temporales de Empresarios era el de su duración, sobre todo cuando eran adjudicatarias de contrato de duración superior a un año. Para resolver este problema la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 24.1 de la LCAP introduciendo un inciso final, que dispone: *«La duración de las Uniones Temporales de Empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.»* Este precepto se mantiene en el Texto Refundido vigente.

También se ha cuestionado si era jurídicamente posible contratar con un **grupo de personas físicas sin que éstos se constituyesen como Unión Temporal de Empresarios** y con el solo requisito de que se vinculasen solidariamente frente a la Administración contratante. La **Junta Consultiva** ha respondido a esta cuestión en varios informes (por ejemplo, **Informes 56/97, de 2 de marzo, y 12/99, de 17 de marzo**) en el marco de contratos de consultoría y asistencia, consistentes en la redacción de proyectos a los que se presentaban varios profesionales, concluyendo mediante la interpretación conjunta de los artículos 15.1 y 24.1 de la LCAP, que no era factible dicha posibilidad fuera del marco de la Unión Temporal de Empresarios.

También se ha planteado si era posible concertar determinados contratos con **Cooperativas o Entidades Asociativas sin Ánimo de Lucro**. Así, en el **Informe 4/99, de 17 de marzo**, resuelve una consulta formulada por un Ayuntamiento sobre la posibilidad de que puedan ser contratistas de un contrato de servicios culturales una Asociación sujeta a la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 y una Cooperativa sujeta a la Ley Extremeña 2/1998, de 26 de marzo, de Cooperativas. Para la Junta Consultiva, el artículo 15.1 de la LCAP sólo excluye de la posibilidad de contratar con las Administraciones Públicas a los entes sin personalidad, excepción legal de las Uniones Temporales de Empresarios recogidas en el artículo 24 de la LCAP, por lo que, no existe inconveniente legal en que ambos tipos de persona jurídica puedan contratar con la Administración siempre que su finalidad o actividad tengan relación con el objeto del contrato, tal y como exige expresamente para los contratos de servicios, consultoría y asistencia y, entonces, trabajos específicos, el artículo 198.1 LCAP (actual 197.1 LCAP).

También se ha planteado si podía contratarse con **sociedades mercantiles en formación o irregulares**. En el **Informe 5/99, de 17 de marzo**, la Junta Consultiva considera que no es jurídicamente posible que las sociedades anónimas o limitadas en formación y, menos aún, las irregulares puedan contratar con las Administraciones Públicas. A dicha conclusión entiende que no se opone el tenor del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989), pues *«... ni el tenor literal, ni el significado y alcance de tal precepto, puede ser el de comprender entre la asunción de derechos y obligaciones que faculta, las derivadas de un contrato administrativo. En particular... los requisitos de contratación (solvencia o clasificación, constitución de garantías, etc.) no pueden ser cumplidos por sociedades sin personalidad, y los efectos que consagra el citado artículo 15... resultan incompatibles con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo, que no es otra cosa que lograr su correcta ejecución, sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura... o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad de administradores, socios o patrimonio de la sociedad»*.

A la misma conclusión anterior se llega en cuanto a la posibilidad de contratar con una **Fundación** todavía no inscrita y, por tanto, que carece de personalidad jurídica (**Informe 54/96, de 18 de octubre**).

En cuanto a las **sociedades civiles**, es preciso distinguir las sociedades civiles con forma mercantil de las sociedades civiles puras (artículos 1.667 y 1.669 del Código Civil).

El problema se ha venido planteando con estas últimas en las que la mayoría de la doctrina ha venido considerando que la personalidad se produce con la exteriorización de la sociedad a través de cualquier medio, sin que se exija su inscripción en Registro alguno, sin que existiera previsión en el Código Civil o Reglamento del Registro Mercantil que permitiera su inscripción. La Junta Consultiva ya ha examinado el problema de la personalidad jurídica de las sociedades civiles con referencia expresa a la **Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 31 de marzo de 1997** y a la **reforma hipotecaria de 1998** (Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, que da nueva redacción al art. 81 y añade el art. 286 bis al Reglamento del Registro Mercantil), concluyendo que las sociedades civiles puras deberán estar inscritas en el Registro Mercantil para poder contratar con las Administraciones Públicas (cfr. **Informe 5/99, de 17 de marzo**).

Estimamos que el criterio seguido no podrá mantenerse desde la **sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 24 de febrero de 2000** (RJ 2000, 2888). Esta sentencia estima un recurso directo contra el Real Decreto 1867/1998, de Reforma del Reglamento Hipotecario, y, entre otras, anula la disposición adicional única del mismo que –como se dijo– dio nueva redacción al artículo 81 y añadió el artículo 286 bis al Reglamento del Registro Mercantil. La sentencia determina la supresión del requisito de la inscripción erigido en previo a la personalidad jurídica de las sociedades civiles por consecuencia de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 31 de marzo de 1997. El sistema vuelve a ser el originario del Código Civil. De manera que la inscripción sólo será exigible *ad solemnitatem* para las sociedades civiles constituidas en forma mercantil. Para las restantes, cualquier medio de publicitación externa de aquéllas es signo bastante para que aparezca la personalidad jurídica de la sociedad civil.

Parece, por lo señalado, que, respecto de las sociedades civiles organizadas en forma no mercantil, bastará que se infiera su personalidad jurídica por su comportamiento en el tráfico jurídico mediante la exteriorización de su presencia a través de cualquier forma apropiada de publicidad.

Igualmente se ha discutido si era posible **adjudicar un contrato a una persona física en representación de una persona jurídica**. En el caso examinado se consultó si era posible que determinada persona física con titulación y colegiación en nombre y representación de la persona jurídica que había suscrito la oferta. La **Junta Consultiva** responde negativamente a esta posibilidad que estima contraria al sistema específico de la legislación de contratos del Estado con referencia a los artículos 15.1 y 80.2.a) de la LCAP (actual art. 79.2.a/LCAP), e incluso al sistema general del mandato o representación. Señala asimismo que sólo en el ámbito particular del apartado a) del artículo 20 de la Ley se irrogan efectos por consecuencia de cualidades o circunstancias propias del representante al representado al extenderse a las personas jurídicas los efectos de la condena en sentencia firme de los representantes o administradores de las mismas (**Informe 2/97, de 20 de marzo**).

Es también preciso que se acredite personalidad y capacidad de obrar, regulándose las formas de prueba de las mismas en el artículo 15.2 de la LCAP, desarrollado por los artículos 9 y 10 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas para las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea y de restantes Estados.

3. INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES

Para contratar es también exigible que la empresa no esté incurso en causa de incapacidad o prohibición para contratar de las enumeradas en el artículo 20 de la LCAP o normas a que este precepto reenvía.

La acreditación de que no concurre causa de incapacidad o prohibición se realiza bien mediante testimonio judicial o certificación administrativa, pudiendo sustituirse dicho documento por una declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa, fedatario público u organismo profesional cualificado (art. 21.5 LCAP)⁴.

No obstante, en materia de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social deben considerarse los artículos 13 a 16 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas.

Entre los casos más problemáticos puede citarse el **Impuesto de Actividades Económicas** en razón a su configuración como impuesto local y a la diferente localización del mismo, según el lugar o lugares de actividad de la empresa o empresario.

La **Dirección del Servicio Jurídico del Estado** se ha pronunciado sobre algunas cuestiones planteadas en relación con el mencionado Impuesto indicando que el control que se ejerce por los órganos de contratación sobre el cumplimiento del requisito del artículo 20.f) de la LCAP, como en otros supuestos del mismo, es meramente formal y se produce en la fase de adjudicación del contrato, sin que se apodere al órgano contratante para continuar dicho control posteriormente. Así, consultado si el IAE exigible a una empresa era el correspondiente al lugar de ejecución de la obra o también el correspondiente a su domicilio social y si debería comprometerse a pagar dicho Impuesto en el lugar de ejecución de la obra, caso de que fuera distinto al de su actividad anterior o su domicilio social, se resolvió que la legislación de contratos exige para contratar que el empresario se encuentre dado de alta en el IAE y al corriente de sus obligaciones tributarias al momento de presentación de las proposiciones, para lo que aportará el último recibo de dicho Impuesto o certificación comprensiva de éste, que vendrá referido al lugar de ejercicio de actividades en dicho momento, única referencia temporal que debe considerarse, sin que sea admisible condicionar la adjudicación a la obligación de darse de alta en el lugar de ejecución de la obra o vincular el tributo al domicilio social. Ello al margen de las conse-

⁴ Cuando se trata de empresas de Estados miembros de la Unión Europea y esta posibilidad esté prevista en la Legislación del Estado respectivo, también podrá sustituirse por declaración responsable otorgada ante una autoridad judicial.

cuencias que procedan como consecuencia de la ejecución del contrato por efecto de la legislación fiscal (**dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 17 de marzo de 1997**).

Mención especial puede hacerse de algunas de las prohibiciones para contratar recogidas en el artículo 20 de la Ley, muchas de las cuales traen causa, en su redacción vigente, de la reforma de 1999.

Entre las mismas, el apartado *a)* del artículo 20, que utiliza la la técnica de la norma en blanco con remisión obligada a otros grupos normativos o preceptos legales que han sido modificados desde la vigencia de la redacción originaria de 1995. Este precepto regulaba la causa de prohibición por condena en ejecutoria penal por determinados delitos. La correspondencia entre éstos y los tipos del vigente Código Penal se produjo como consecuencia de la reforma de 1999. Los delitos que determinan la prohibición de contratar son los siguientes: *i)* delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII, arts. 234 a 304 del Código Penal de 1995); *ii)* delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (Título XIV, arts. 305 a 310 del Código Penal), *iii)* malversación (Capítulo VII del Título XIX «Delitos contra la Administración Pública»; artículos 432 a 435); *iv)* revelación de secretos y uso de información privilegiada (art. 442 del Código Penal); *v)* delitos contra los derechos de los trabajadores regulados en el Título XV del Código Penal, y *vi)* delitos relativos al mercado y a los consumidores del Título XIII, Capítulo XI, Sección 3ª, ya incluidos en la mención genérica hecha a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

El apartado *d)* del artículo 20 destaca por la mención, desde 1999, de una nueva referencia sancionadora administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo con remisión a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales⁵.

La Junta Consultiva se ha pronunciado sobre algunas de las causas de prohibición recogidas en el artículo 20.e) LCAP.

Existe abundante doctrina consultiva sobre **incompatibilidades de concejales de Ayuntamientos**, que puede resumirse en los siguientes principios:

⁵ Esta remisión debe entenderse referida a la Legislación vigente, teniendo en cuenta que el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), deroga expresamente, con efectos 1 de enero de 2001, la Ley 8/1998, de 7 de abril, y los artículos 42 y 45 al 48 de la Ley 31/1995 (cfr. Resolución de la Dirección General de Patrimonio de 19 de abril de 2002, que hace público al Acuerdo de la JCCA sobre criterios interpretativos de la prohibición de contratar prevista en el apartado *d)* del artículo 20 LCAP).

– Que la remisión del artículo 20.e) LCAP a la legislación de régimen electoral supondrá la derogación del artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de marzo de 1953 (Disposición derogatoria de la LCAP). Por tanto, desde la vigencia de la LCAP no es aplicable el precepto reglamentario local.

– Que no es aplicable a los concejales el sistema de incompatibilidades previsto en las Leyes 12/1995 y 53/1984.

– Que el sistema de incompatibilidades aplicable será el regulado en el artículo 178 de la LOREG.

– Que la opción prevista en el artículo 178 de la LOREG deberá ejercitarse anticipadamente a la adjudicación.

El artículo 21 regula el **procedimiento para la declaración de las causas de prohibición de contratar y sus efectos**.

En esencia, las causas de prohibición se pueden agrupar de la forma siguiente:

– **Causas que el órgano de contratación aprecia de forma automática y que producen efectos desde y mientras que subsistan las circunstancias que las determinan.** Se trata de las causas previstas en los apartados b), e), f), i), j) y k) del artículo 20 de la Ley y 17 de su Reglamento.

– **Causas cuya apreciación exige procedimiento administrativo previo en que así se declare su existencia y se fije la Administración a que afecte y su duración.** Son las restantes causas previstas en el artículo 20.

– **Causa del apartado a) del artículo 20.** Se trata de un supuesto mixto entre los dos anteriores, ya que se aprecia de oficio, pero su alcance debe determinarse en resolución que pondrá término a procedimiento administrativo seguido al efecto (arts. 18.1 y 19 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas).

El inciso inciso final del apartado 1 del artículo 21 comentado contiene una previsión cuyo tenor es el siguiente:

*«La declaración de la prohibición para contratar en los supuestos a que se refieren las letras a), d), g), h) y j) del artículo anterior o la apreciación de la misma en las causas de las letras b), e) y f) **producirá la suspensión de las clasificaciones que hayan sido concedidas** a las empresas durante el plazo de duración de la prohibición o mientras subsista la causa determinante de su apreciación, sin que, en consecuencia, proceda la tramitación del expediente a que hace referencia el artículo 33.1.»*

El comentario que sugiere el precepto es el siguiente:

– Que se introduce una causa de suspensión de las clasificaciones no prevista en el artículo 34 de la LCAP.

– Que dicha causa se produce *ipso iure* desde que concurre una causa de prohibición que es así declarada o apreciada. No es por ello exigible que dicha causa sea consecuencia de resolución administrativa previo expediente, como exige la regla general del artículo 34.1 de la LCAP.

– Que dicha causa tendrá la duración señalada en la declaración de la causa de prohibición o coincidirá con la subsistencia de ésta.

4. SOLVENCIA

Uno de los presupuestos de la contratación pública es la solvencia.

La solvencia se distribuye en dos clases: económica y financiera, técnica o profesional. La primera hace referencia al compromiso económico que supone el contrato y su ejecución, y se mide en relación con el presupuesto de licitación. La segunda refiere al compromiso técnico o profesional del contrato y su ejecución, y se refiere al objeto del contrato. Esa distinción justifica que la LCAP dedique un solo precepto a la solvencia económica y financiera (art. 16) y, sin embargo, distribuya la solvencia técnica o profesional según los diferentes tipos de contratos (obras, art. 17; suministro, art. 18; restantes contratos, art. 19).

El artículo 16 LCAP se dedica a la solvencia económica y financiera. Este precepto recoge una serie de medios que permiten acreditar dicha solvencia. La enumeración de medios es, relativamente, en sistema de *numerus apertus* y su concreción se realiza, de ordinario, en el pliego de cláusulas administrativas rector del contrato. El apartado 2 del precepto confirma claramente su naturaleza abierta al permitir que la solvencia económica y financiera del empresario pueda acreditarse por cualquier otro medio si éste, por causas justificadas, no puede facilitar las referencias solicitadas por la Administración contratante.

La solvencia debe ser acreditada por el empresario. Si concurre en unión temporal de empresarios, serán los empresarios agrupados quienes deban hacerlo individualmente. Así lo recuerda el **Informe 46/99, de 21 de diciembre**, donde se nos dice que no existe en la legislación de contratos públicos precepto alguno que autorice a prescindir para alguno de los miembros de la Unión Temporal de Em-

presarios de los requisitos de personalidad, capacidad y solvencia exigidos. Así lo confirman los artículos 24.2 y 31.2 de la Ley, que, respectivamente, revelan un criterio contrario a prescindir de la solvencia técnica de alguno de los empresarios agrupados al exigir, a propósito de la clasificación de las Uniones Temporales de Empresarios, que todos los que la forman estén clasificados en relación con el contrato al que opten, permitiendo, entonces, la acumulación.

La solvencia técnica o profesional, sin embargo, se regula diferenciadamente para los distintos tipos de contratos.

Así, el artículo 17 hace referencia a los contratos de obras. Los medios que recoge dicho precepto constituyen una lista en sistema, relativo, de *numerus clausus*, dependiendo del contratante la elección de los medios de acreditación de solvencia apropiados para cada contrato. Esta elección se realizará de ordinario a través del pliego de cláusulas administrativas particulares. Entre los medios que enumera el precepto, el apartado *d)* fue reformado por la Ley 53/1999, introduciendo la referencia al grado de estabilidad en el empleo y la plantilla del personal directivo durante los últimos tres años.

Lo mismo sucede para el contrato de suministros y el resto de contratos en los que la Ley 53/1999 reformó los apartados *c)* y *d)* de los artículos 18 y 19 de la LCAP, introduciendo una mención expresa como medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional al «... grado de estabilidad en el empleo del personal integrado en la empresa».

Los preceptos examinados recogen medios de acreditación de solvencia que ya se habían introducido en los contratos en ocasiones como criterios de selección de licitadores y, en otras, como criterios de adjudicación del contrato.

Esta ambivalencia ha planteado si alguno de los medios de acreditar la solvencia pueden ser llevados por los pliegos a los criterios de adjudicación de los contratos.

Dicha ambivalencia se ha establecido fundamentalmente en el ámbito de lo que se han denominado **cláusulas de contenido social**, que se han introducido en los pliegos de contratación con diferente resultado.

La cuestión ya fue analizada y resuelta por la **sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87, Beentjes B.V.)**, referencia a la Directiva 71/305/CEE del contrato de obras (entonces vigente).

La sentencia examina la validez de una «**cláusula de empleo de parados de larga duración**» como criterio de selección de contratistas. En esencia, el Tribunal diferencia la fase de selección y la de adjudicación. En esta última, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a acreditar esta circunstancia, admitiéndose, excepcionalmente, el criterio de empleo de parados de larga duración, como criterio de adjudicación, siempre que ello no ocasione discriminación con licitadores de otros Estados miembros, es decir, que pueda ser cumplida también por éstos en igualdad de condiciones.

La Junta Consultiva también se ha ocupado de la cuestión. Así, en el **Informe 44/98, de 16 de diciembre**, resuelve una consulta sobre la posibilidad de que se incluya en los pliegos de contratación de obras como criterio de adjudicación una «**cláusula de calidad y estabilidad del empleo**». Para la Junta, con referencia al artículo 87 de la LCAP, **los criterios de adjudicación no hacen referencia a la empresa, sino todos ellos a la proposición económica presentada por ésta** (precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, repuestos, asistencia técnica, servicio postventa). Por lo demás, **la LCAP contiene un precepto significativo de que cuando se ha querido introducir un criterio de adjudicación con referencia a la empresa se ha hecho expresamente, como es la Disposición Adicional Octava**, referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora, que se erige como posible criterio de atribución de preferencia en la adjudicación de los contratos sólo en el caso de que *«dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la licitación»*. Por tanto, **es necesario diferenciar la fase de selección del contrato, en la que se toman en consideración características de las empresas, y la fase de adjudicación, en la que se atiende a criterios objetivos de las propias ofertas o del objeto del contrato, siendo necesario para que, excepcionalmente, puedan establecerse otras condiciones que no produzcan efectos discriminatorios con respecto a licitadores de otros Estados miembros de la Unión Europea**. Por ello, el criterio examinado vinculado a las características de la empresa no puede servir como criterio de adjudicación, ya que podría ocasionar efectos discriminatorios contrarios al Tratado.

Con referencia al contrato de suministro y la llamada «**cláusula de experiencia o calidad**», el **Informe 13/98, de 30 de junio**, examina la Directiva 93/36/CEE, de suministros, y los artículos 18 y 87 de la LCAP, indicando que, mientras que la experiencia aparece en la pri-

mera fase como criterio para seleccionar a los licitadores, no aparece en la fase de adjudicación del contrato. Afirma también que sería un contrasentido que la experiencia tuviese que figurar como criterio de selección siempre en la adjudicación por subasta y pudiese ser criterio de selección o adjudicación en el concurso, afirmando que la mencionada experiencia o calidad sólo puede utilizarse como criterio de selección y no como criterio de adjudicación del contrato.

También se ha examinado la posibilidad de introducir en los pliegos **cláusulas de baja siniestralidad laboral en el sector de la construcción** como requisito de solvencia técnica o criterio de adjudicación. El **Informe 11/99, de 30 de junio**, examina esta posibilidad, señalando la Junta Consultiva que el artículo 27 de la Directiva 93/37/CEE del contrato de obras enumera taxativamente los medios de acreditación de la capacidad técnica, como se comprueba si se compara este precepto con el artículo 26 de la misma Directiva sobre capacidad económica y financiera, y «... *permite asentar como primera conclusión... que al no poder encajar ningún índice, aspecto o cláusula de siniestralidad laboral en ninguno de los apartados del mencionado artículo 27, tales índices, aspectos o cláusulas, según la Directiva 93/37/CEE, no pueden figurar en los pliegos como requisito de capacidad técnica...*». Tampoco puede admitirse esta cláusula como criterio de adjudicación del contrato, tal y como resulta del examen de los artículos 30 de la Directiva 93/37/CEE y 87 de la LCAP.

4. LA CLASIFICACIÓN

La solvencia puede sustituirse por la clasificación. Ésta reviste naturaleza de acto administrativo que determina la aptitud económica, financiera, técnica y profesional del contratista.

La Ley regula la clasificación en sus artículos 25 a 34, que son desarrollados por los artículos 25 a 54 del Reglamento.

Por regla general se sujetan a previa clasificación determinados contratos atendiendo a su clase y magnitud económica. Así, los contratos de obras o servicios de presupuesto igual o superior a 120.202,42 euros (20 millones de pesetas). Existen contratos exceptuados de clasificación no sólo por razón de su magnitud económica, sino por razones materiales. Por ejemplo, en el contrato de servicios los de servicios financieros (categoría 6 del art. 206), servicios jurídicos (categoría 21 del art. 206), de esparcimiento, culturales y deportivos (categoría 26 del art. 206). Precisamente el artículo 206 referido fue redactado en origen por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y reformado por la Ley 53/1999, de donde pasa al texto vigente con

la finalidad de que los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria, y los de espectáculos queden exceptuados de clasificación. Lo que obliga a relacionar dicha previsión con el artículo 5.3 de la Ley, que califica de contratos privados los recogidos en el artículo 206, categorías 6 y 26, relativos, respectivamente, a seguros y banca e inversiones y los de creación e interpretación artística y literaria, y los de espectáculos.

En todo caso debe recordarse que la Comisión Europea ha interpretado los Anejos IA e IB de la Directiva 92/50/CEE determinando que puede entenderse por contratos culturales. En este sentido se incluyen dentro de éstos los servicios de producción de películas de cine o cintas de vídeo y cintas afines, los servicios de distribución de películas de cine o cintas de video y los servicios de exhibición cinematográfica. Sobre esta cuestión puede verse también el **Informe 4/99, de 12 de noviembre**, de la Junta Consultiva.

La acotación de contratos en que puede obtenerse clasificación no comprende el **contrato de gestión de servicios públicos**. Cuando este contrato aparece vinculado con uno de obras en que se exige clasificación, se ha discutido si la misma debe imponerse para el contrato de obras o para el de concesión en su conjunto.

El tema ha sido estudiado en relación con los **contratos de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de autopistas**⁶. Es característico de éstos que la contraprestación venga determinada por el derecho a explotar la obra o por dicho derecho más el de percibir un precio. Para la Junta Consultiva se trata de una modalidad de contrato no circunscrita estrictamente al contrato de obras. Es más bien una figura mixta o compleja que agrupa obras y gestión de servicios públicos, con la consecuencia de que su régimen vendrá determinado por la prestación principal (art. 6 de la Ley). Se trata, además, de un tipo contractual procedente de las Directivas desconocido para la legislación española anterior a la Ley de Contratos de 1995. De hecho en este contrato no es preciso que coincidan, y no suelen coincidir, constructor y concesionario, como sugieren los artículos 131 a 133 de la Ley. A la misma conclusión de no exigencia de clasificación se llega con la Ley de Autopistas de 1972, que permite que el concesionario ejecute directamente o contrate la ejecución de la obra (art. 26) y obliga al adjudicatario a constituir una sociedad

⁶ Actualmente se tramita el Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (cfr. *BO.CC.GG.*, 21 de junio 2002, serie A, número 99-1), que modifica los artículos 5.2.a), 7, la denominación y contenido de la sección 2.^a del Capítulo I del Título I del libro II (arts. 130 a 134) y se añade un nuevo Título V al Libro II (arts. 220 a 266).

anónima española con la que se formalizará el contrato y cuyo fin sea la construcción, conservación y explotación de la autopista. Preceptos con los que no parece viable la clasificación de obras cuando se permite que éstas se realicen directamente o por contrato con terceros de la sociedad anónima adjudicataria a constituir con posterioridad al acto de adjudicación (cfr. **Informe 49/97, de 17 de noviembre**).

También se ha examinado la clasificación a exigir cuando se distribuye el contrato en **lotes** y se admite la licitación independiente a uno o varios lotes. El entonces organismo Correos y Telégrafos consultó si la distribución de un concurso en lotes determinaba la exigencia de clasificación correspondiente a la suma de los lotes en que se presentaban proposiciones o a la de los lotes adjudicados. El criterio de la Junta fue que la clasificación viene determinada como criterio de selección de los contratistas, por lo que debe referirse la misma a los lotes a que se licite y no a aquellos en los que se pueda resultar adjudicatario (cfr. **Informe 21/94, de 19 de diciembre**).

Existen también excepciones legales o dispensas de clasificación. Algunas son de naturaleza mixta, como, por ejemplo, la recogida en el artículo 26 respecto de las Universidades públicas en los supuestos del artículo 11 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria que debe entenderse referida al artículo 83 y la Disposición Adicional 21.^a de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

La Junta estudió el tema de las Universidades en su **Informe 25/94, de 19 de diciembre**, anterior a la Ley de 1995, concluyendo que el artículo 11 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria era cauce suficiente para la contratación administrativa con dispensa de clasificación, sin perjuicio de que, en ocasiones, debiera utilizarse la figura del convenio de cooperación –hoy sería de colaboración– del artículo 2.4 de la LCE (actual art. 3.c) de la Ley).

La clasificación de las Uniones Temporales de Empresarios se recoge en el artículo 31 de la Ley por el sistema originario de acumulación de las características de los empresarios que forman la unión, expresadas en sus respectivas clasificaciones, siendo presupuesto que todas ellas hayan obtenido clasificación con relación al contrato que optan⁷.

Por lo que respecta a las consecuencias de la fusión, escisión o aportación a rama de actividad en relación con la clasificación, fueron examinadas en el **Informe 48/99, de 21 de diciembre**, llegándose a las siguientes conclusiones:

⁷ No resultan de aplicación a las Agrupaciones de Interés Económico las normas de la LCAP sobre clasificación de las agrupaciones de empresas. En especial las de acumulación de clasificaciones (cfr. Informe JCCA 7/1992, de 27 de febrero).

– Para los casos de fusión de sociedades mercantiles: la transmisión en su conjunto del patrimonio social, así como los derechos y obligaciones inherentes al mismo, determina la transmisión y reconocimiento de la clasificación y solvencia.

– Para los supuestos de escisión puede llegarse a conclusión análoga. Ahora bien, cuando la escisión suponga la constitución de nueva sociedad, ello puede tener repercusión en la categoría o solvencia económica y financiera de la nueva sociedad.

– En la aportación a rama de actividad, la conclusión alcanzada es la misma, atendido que se considera una aportación no dineraria (artículo 39 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas). Por ello se hará descripción de los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación, quedando circunscrita la experiencia o clasificación reconocida a la actividad transferida ejecutada por las sociedades que aportan tal rama de actividad o empresa o sociedad receptora, sin perjuicio de la incidencia que pueda tener sobre la categoría.

El artículo 112 de la Ley confirma la corrección de las conclusiones alcanzadas por la Junta al disponer: «En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo siempre que la entidad resultante o beneficiaria mantenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación.»

Para concluir haremos una referencia al **Registro Oficial de Empresas Clasificadas**, regulado en el artículo 34 y desarrollado por el artículo 54 del Reglamento⁸.

Lo más relevante es el principio de coordinación entre los Registros Autonómicos y dicho Registro Estatal, con la finalidad de que puedan cumplirse los fines propios de ellos, entre los cuales destaca la extensión y eficacia de las clasificaciones otorgadas y la recíproca comunicación para mantenerlas debidamente actualizadas en cuanto a sus incidencias, revisión, prórroga, cancelación, suspensión etc.

Finalmente debe destacarse el **Informe JCCA 51/1996, de 22 de julio**, que declara la incompetencia de las Corporaciones Locales para crear Registros de Contratistas de inscripción obligatoria.

⁸ Sobre Registros constituidos por las Comunidades Autónomas pueden verse las siguientes normas: a) Andalucía, Decreto 189/97, de 22 de julio; b) Asturias, Decreto 31/1997, de 15 de mayo; c) Baleares, Decreto 20/1997, de 7 de febrero; d) La Rioja, Decreto 49/2000, de 29 de septiembre; e) Madrid, Decreto 2141/1998, de 17 de diciembre; Decreto 214/1998, de 17 de diciembre, y Orden de 4 de febrero de 1998.