

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

90

JULIO
DICIEMBRE
2007

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

La promulgación de la Ley de Contratos del Sector público (LCSP) plantea numerosas cuestiones toda vez que la sistemática y los criterios informadores de esta norma difieren notablemente de los de la norma vigente anterior (LCAP).

La adecuación de los criterios sentados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y el Consejo de Estado a la nueva norma se presenta difícil y exige esfuerzo, pero es preciso hacerlo.

I. LA DELIMITACIÓN DE LOS TIPOS CONTRACTUALES

1. Contrato de obras

Al igual que la LCAP, art. 120 a, que a la hora de delimitar el objeto del contrato de obras hace referencia a la naturaleza inmueble de los bienes sobre los que recae, la LCSP, art. 6.2 define la obra como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha atendido en diversas ocasiones a la naturaleza del bien sobre el que se realizan las pres-

taciones del contrato para calificarlo como de obras cuando tal naturaleza es inmueble de acuerdo con la legislación civil o mercantil, y para descartar esta calificación en caso contrario. Así:

– En el informe 22/1991, 26-11-91, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa recuerda que el contrato de obras es sin duda la figura contractual más definida en el ámbito administrativo, al ser aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o la sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Se analizan a continuación los trabajos forestales sobre cuya calificación se centra la consulta. A este respecto, partiendo de que los bienes a los que se refieren tales trabajos tienen la naturaleza de inmuebles, que es la de los montes o terrenos forestales y la que ha de atribuirse, según el CC art. 334.2.º, a los árboles y plantas y frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante del inmueble, se concluye que los trabajos de tratamientos selvícolas han de tramitarse como contratos administrativos de obras.

Al examinarse una cuestión semejante, en el informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/2003, 23-7-03, se reitera el criterio expuesto y se entiende que los trabajos relacionados con la acción sobre el terreno destinado a transformar activamente la realidad de una zona natural –como las labores de repoblación forestal de nueva planta o de recuperación ambiental de zonas degradadas–, han de ser calificados como contratos de obras, mientras que las labores de mero mantenimiento de hábitats que no supongan introducción de nuevos pies, alteraciones de paisaje, ni cambios en estructura de las masas vegetales –entre las que se comprenden los trabajos puntuales de retirada de residuos, podas simples sobre ramas muertas o trabajos similares–, son propias de contratos de servicios.

– El informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 51/1997, 2-3-98, señala que la naturaleza de bien mueble de los buques y barcos (admitida unánime y pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia sobre la base de la declaración expresa del art. 585 CCom), determina que el contrato que tenga por objeto su construcción encaja plenamente en la definición del contrato de suministro y no en la del contrato de obras. Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico de los contratos de suministro fabricación (de conformidad con lo previsto en la LCAP, art. 175.1, cuyo tenor coincide con el de la LCSP, art. 267.1), resultan directamente aplicables a los mismos las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publi-

cidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro. Mediante esta previsión el legislador ha configurado el contrato de suministro fabricación, en lo relativo a su régimen jurídico, como propio contrato de suministro, si bien teniendo en cuenta que sus especialidades lo acercan en cierta manera a un contrato de obras, aunque sobre bienes muebles.

2. Contrato de concesión de obras públicas

A pesar de que, dada la reciente incorporación de este tipo contractual a la legislación de contratos administrativos (por medio de la L 13/2003), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no ha tenido apenas tiempo para examinar su regulación, cabe mencionar su informe 15/2006, 24-3-06. Según el mismo, es oportuno calificar de contrato de concesión de obras públicas el destinado a la construcción y subsiguiente explotación de aparcamientos subterráneos por reunir éste las características definitorias de la figura de referencia, a saber, contrato que tiene por objeto la construcción y explotación de una obra pública susceptible de explotación económica.

3. Contrato de gestión de servicios públicos

Así como la calificación del contrato de obras depende en buena medida de la naturaleza del bien sobre el que recae, la calificación del contrato de gestión está condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas por la Administración mediante el mismo. Así se desprende tanto de la LCAP, art. 154 como de la LCSP, art. 251.

Es habitual que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con el objeto de dilucidar si la encomienda de determinadas prestaciones a un particular ha de encauzarse como un contrato de gestión de servicios públicos o como un contrato de servicios, acuda a la legislación sectorial. Sirven de ejemplo de ello los siguientes informes:

– El informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/1995, 24-10-95, estudia la cuestión de si prestaciones como la resonancia nuclear magnética o el transporte sanitario, las cuales, debiendo realizarse a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, se encargan en virtud de un contrato a una persona física o jurídica, merecen o no el calificativo de servicio público en sentido estricto. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa funda la respuesta afirmativa en la regulación contenida en la L 14/1986 General de Sanidad, que atribuye dicho califi-

cativo a las prestaciones de los denominados servicios de salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, en contraposición a las actividades sanitarias privadas. A esta conclusión contribuye el reconocimiento de la posibilidad de que las Administraciones Públicas Sanitarias establezcan conciertos en el ámbito de sus respectivas competencias para la prestación de servicios de salud con medios ajenos a ellas (L 14/1996 art. 90), toda vez que los conciertos son una modalidad de la contratación de la gestión de servicios públicos (LCAP, art. 156 c; LCSP, art. 253 c).

Por el contrario, aquellos contratos –como el que tenga por objeto la prestación de oxigenoterapia domiciliaria– en los que puede no existir prestación sanitaria alguna realizada por el adjudicatario a los beneficiarios de la Seguridad Social, sino la entrega de bienes o la realización de servicios a la Administración, el contrato habrá de ser calificado como de suministro o de servicios.

– El informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 27/2002, 23-10-02, indica que los contratos para la depuración de las aguas residuales son contratos de gestión de servicios públicos, pues tal depuración constituye una actividad de servicio público de conformidad con la legislación reguladora del régimen local y la legislación autonómica específica sobre la materia aplicable al caso (L 7/1985 arts. 26.1 y 86.3; L Asturias 1/1994).

4. Contrato de suministro

La calificación de un contrato como de suministro está vinculada, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a la naturaleza mueble del bien objeto de la transacción. En consecuencia, son contratos de suministro los destinados a la fabricación de barcos (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 51/1997, 2-3-98), a la compra de semovientes (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 21/1998, 30-6-98) o a la adquisición de bienes muebles que integren el Patrimonio Histórico Español (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 55/1999, 21-12-99).

5. Contrato de servicios

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha sentado una extensa doctrina para distinguir entre el contrato de servicios y el de con-

sultoría y asistencia (entre otros, en el informe 50/2000, 21-12-00, conforme al cual estos últimos se caracterizan por la existencia de un componente predominantemente intelectual).

Dejando al margen dicha doctrina, dado que la referida distinción no pervive en la LCSP, lo más destacable de los informes en este ámbito es su casuismo. En consecuencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resuelto numerosas consultas relativas de la posibilidad de tramitar como contratos de servicios muy distintas prestaciones, consultas a las que ha dado una solución cercana a cada caso. Es cierto que la LCSP, art. 10 deja pocas dudas sobre las actividades que pueden constituir el objeto de la mencionada figura, al remitirse a una lista de categorías incluidas en el anexo II. Aun así, conviene señalar algunas prestaciones cuya contratación, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puede articularse a través del contrato de servicios:

- Los servicios de seguros (informe 31/1996, 30-5-96).
- Los préstamos bancarios (informe 34/1996, 30-5-96).
- Los servicios de transporte, almacenaje y subtítulo de películas, de mantenimiento, conservación, repaso y visionado de materiales cinematográficos y otros relacionados con estos materiales como el telecine, repicado de imágenes o la transcripción a vídeo (informe 41/1999, 12-11-99).
- La distribución editorial de publicaciones, cuando se encarga al contratista la venta al por mayor de tales publicaciones ya editadas abonando un precio de antemano convenido (informe 4/2000, 11-4-00, que reitera el criterio sostenido en el informe 40/1997, 10-11-97). Ahora bien, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa precisa que el contenido del contrato puede alterar su naturaleza jurídica, dejando de ser un contrato de servicios para convertirse en otro tipo contractual.
- Los trabajos puntuales de retirada de residuos, las podas simples sobre ramas muertas o trabajos similares (informe 10/2003, 23-7-03).
- Las tareas de asistencia a un funcionario en el ejercicio de la función recaudatoria (informe 8/2004, 12-3-04).

6. Contratos mixtos

En su interpretación de la LCAP, art. 6 –de contenido semejante a la LCSP, art. 12–, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha subrayado dos ideas:

- a) Respecto del ámbito en el que puede apreciarse la existencia de un contrato mixto, éste solamente puede darse cuando concurren prestaciones

propias de contratos administrativos, cualquiera que sea su modalidad. *A contrario*, no es posible hablar de un contrato mixto si concurren prestaciones propias de contratos administrativos y privados, ya que la calificación del contrato como privado es previa y determina por sí sola el régimen jurídico aplicable al contrato (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 58/2003, 12-3-04). En consecuencia, en el caso de que una de las prestaciones consideradas –por ejemplo, el alquiler de un local para el almacenamiento de productos– perteneciese al ámbito de la contratación privada, dicha prestación debería contratarse de forma independiente o integrarse como un requisito propio para el desarrollo del contrato, pero en ningún caso como parte de un contrato administrativo (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 31/04, 12-11-04).

b) Para determinar el régimen jurídico de un contrato que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, como recuerda el informe 58/2003 antes citado, rige la regla de la prestación principal de mayor valor económico, regla que ya estaba recogida en las directivas comunitarias de 1993 y en el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 (aunque referido únicamente a los contratos mixtos de obras y suministros). Dicho de otro modo, en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico, sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos (informe 24/1996, 30-5-96).

II. NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

En el marco de los negocios y contratos excluidos del ámbito objetivo de la legislación de contratos del sector público, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha prestado especial atención a los convenios de colaboración, ya fueran celebrados entre entidades públicas (LCAP, art. 3.1 c; LCSP, art. 4.1 c), ya fueran suscritos por la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado (LCAP, art. 3.1 d; LCSP, art. 4.1 d).

i) En relación con los primeros, el informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/2001, 3-7-01, mantiene que los mismos constituyen el modo normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos Autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad contractual al régimen de la legislación de contratos, ya que, al no poder precisarse cuál de las partes debe actuar como órgano de contratación y cuál como contratista –unido a la dificultad de aplicar a la Admi-

nistración, organismo o ente que haya de considerarse que actúa como contratista preceptos legales concretos (capacidad y solvencia, clasificación, garantías)–, resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no del contrato. De esta forma, en el caso de dos Entidades Locales (la Diputación Provincial de Sevilla y la Mancomunidad de Municipios del Guadalquivir, en el supuesto examinado en el informe 18/2001), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene que ninguna de ellas puede concurrir como licitadora a los concursos convocados por la otra.

ii) Respecto de los convenios de colaboración celebrados con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, estas personas pueden cumplir todos los requisitos exigidos legalmente a los contratistas, de modo que la nota determinante de la exclusión del ámbito objetivo de la legislación de contratos del sector público ha de consistir en que el objeto de tales convenios no esté comprendido en los contratos previstos en dicha legislación o en normas administrativas especiales.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa sitúa la razón de esta limitación en la idea de que el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración, «huyan» de la aplicación de la ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo (informe 42/1999, 12-11-99, en doctrina después reiterada en informe 33/2001, 13-11-01). Siguiendo este criterio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa califica como negocio excluido (al amparo de la LCAP, art. 3.1 d) el convenio celebrado entre el Ayuntamiento de Irún y una fundación sometida al Derecho privado, toda vez que el objeto del mismo comprende distintas actividades (como el préstamo temporal de documentos, materiales y obras del artista que da nombre a la fundación, la creación de una beca de investigación estética o la organización de seminarios y talleres) que exceden el ámbito de cualquier tipo de contrato regulado en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas o en normas administrativas especiales.

Por último, conviene resaltar que la legislación de contratos del sector público sólo se aplica a los convenios de colaboración excluidos a través de sus principios con el fin de resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (LCAP, art. 3.2; LCSP, art. 4.2). A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa recuerda en su informe 42/1998, 16-12-98, que es muy distinta la aplicación de principios de la aplicación concreta de preceptos, por lo que en los convenios excluidos no se requiere un acto formal y positivo de recepción o conformidad, sino que es suficiente la expedición de un certificado que acredite el cumplimiento de lo convenido.