

A nova Lei de contratos das administracións públicas e a súa incidencia no modelo de xestión do gasto público

Inspector de Finanzas
do Estado

Ángel Rodríguez Blanco

1. Introducción

Dentro do modelo de xestión do Gasto Público, a Lei de contratos do Estado, instrumento legal que sustenta unha ampla normativa de desenvolvemento, é un dos seus piares fundamentais. Firmemente articulada coa lexislación financeira, que no Estado vertebra a Lei xeral orzamentaria, esa unión permite xestionar a maior parte do capítulo II do orzamento de gastos e a integridade do capítulo VI, que só no subsector Estado supuxo para 1995 un volume en torno a 1 billón 400 mil millóns de pesetas. A conexión comentada reflíctese ademais en que o antecedente inmediato, tanto da vixente Lei xeral orzamentaria como do recentemente derogado Texto articulado da Lei de contratos do Estado, aprobado polo Decreto 923/1965, era a Lei de administración e contabilidade da facenda pública do 1 de xullo de 1911.

Resulta evidente polo tanto, a transcendencia que calquera variación no modelo pode orixinar e nese sentido a promulgación da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas converteuse nunha norma destacada tanto para os especialistas en dereito administrativo e funcionarios que a van aplicar, como para a opinión pública en xeral.

O presente traballo, que se presenta a este encontro sobre "Gasto Público e Democracia" non pretende ser un estudio pormenorizado da nova lei, que requiriría un manual, nin tampouco un traballo detallado sobre algún aspecto da mesma, pretende, dada a finalidade destas xornadas, un duplo obxectivo:

1°. Achegarlle a un auditorio ilustrado, aínda que non especializado na materia, unha temática de crecente relevancia social.

2°. Servirles de instrumento de reflexión e polémica a aqueles estamentos directamente afectados pola lei, moi especialmente dentro das administracións públicas.

Para a súa consecución o relatorio divídese en dúas partes claramente diferenciadas:

- Na primeira, faise unha análise das críticas máis importantes que lle dirixiron ó vello modelo contractual e as razóns que as motivaron.

- Na segunda, estúdase a incidencia que a nova Lei 13/1995 pode ter sobre eses aspectos.

A través da metodoloxía exposta fórmulanse, sen intención de exhaustividade, algúns dos problemas máis característicos do sistema ata agora vixente e a través da análise comparativa aprofundaremos en moitas das novidades da recente lei.

Convén, para concluír esta introducción, facer tres precisións de importancia:

Primeira: Que a presente lei se articula como de contratos das administracións públicas, directamente aplicable polo tanto non só á Administración xeral do Estado, senón ás comunidades autónomas e á Administración local. Neste sentido convén sinalala importancia crecente da contía de gasto xestionado por estas administracións. Ademais, a súa disposición final primeira establece o carácter de lexislación básica e non básica aplicable ás comunidades autónomas.

Segunda: a disposición transitoria primeira da Lei 13/1995 supón na práctica a existencia dun réxime transitorio de aplicación da antiga lei en coexistencia coa nova. Así:

- A anterior lexislación de contratos do Estado continuarase aplicando para os contratos adxudicados durante a súa vixencia.

■ A Lei 13/1995 aplícaselles ós contratos que se adxudiquen a partir da súa entrada en vigor.

Terceira: Con base na disposición derogatoria única da nova lei, pódese afirmar que unha parte importante da lexislación contractual de desenvolvemento segue en vigor, aplicándose, en tanto en canto non se lle opoña á citada Lei 13/1995. Isto é especialmente significativo para o Regulamento xeral de contratación¹.

2. Críticas ó modelo do texto articulado da Lei de Contratos do Estado

Poderíase falar xenericamente de tres grandes críticas ou grupos de críticas ó anterior modelo de contratos do Estado:

■ O primeiro refírese a un excesivo burocratismo, á falta de axilidade administrativa, en resumo, criticase un procedemento de xestión contractual complexo, con excesivos trámites, a razón de ser do cal non é comprendida nin polos contratistas, nin polos funcionarios non especializados e políticos, responsables da xestión do gasto.

■ O segundo bloque de críticas, que tivo unha especial relevancia no período máis recente, refírese á falta de transparencia, especialmente no procedemento de adxudicación, que se lle trasladou á opinión pública, baixo a imaxe de que o modelo contractual está profundamente influído pola discrecionalidade.

■ O terceiro grupo de argumentos, máis doutrinal, máis especializado, tende a censura-lo papel preeminente das administracións públicas no proceso, é dicir, as denominadas prerrogativas da Administración. Intimamente relacionada con esa percepción dun órgano de contratación dominante, aparece a imaxe de atraso no pagamento e a dificultade para conseguir unha compensación vía intereses de demora.

A continuación, imos analiza-las causas que puideron motivar esas valoracións do sistema, o que permitirá posteriormente avalia-las modificacións introducidas pola Lei 13/1995.

2.1. Excesiva burocratización nos procedementos

Xenericamente formulada, a crítica é inxusta. Calquera procedemento contractual de certa envergadura, tamén no sector privado, esixe uns requisitos mínimos. Así, para un contrato de obras:

- Proxecto
- Supervisión do mesmo.

¹ Desde a primitiva elaboración do relatorio indicado promulgáronse novas normas na materia, que se ben non varían a valoración global do traballo, si deben indicarse para efectos informativos.

■ Lei 9/1996, do 15 de xaneiro. A súa disposición adicional primeira modifica parcialmente os artigos 20, 21 e 34 da Lei 13/1995.

■ Real decreto 390/1996, do 1 de marzo, de desenvolvemento parcial da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas.

■ Orde do Ministerio de Economía e Facenda, do 11 de abril de 1996, pola que se fan públicos o contravalor en pesetas do ECU e os límites dos distintos tipos de contratos para efectos da contratación administrativa para o período 1996-1997.

■ Lei 11/1996, do 27 de decembro, de medidas de disciplina orzamentaria. Modifica os arts. 73 e 146.4 da Lei 13/1995.

■ Lei 13/1996, do 30 de decembro, de medidas fiscais administrativas e de orde social. Modifica os artigos 3, 37.4, 48.5 e 84.5 da Lei 13/1995. Regúlanse os contratos de obra baixo a modalidade de aboamento total do prezo (art. 147).

- Trazado de planta previo da obra
- Esquema ou borrador do negocio xurídico para contratar. No modelo público, prego de cláusulas administrativas particulares.
- Atribución de fondos. No Estado, documento de retención de crédito (RC)
- Supervisión previa final do expediente. O equivalente sería a actuación do órgano fiscalizador.
- Aprobación formal pola autoridade competente.

En canto ó proceso de licitación, ningunha organización contrataría cun terceiro a un certo nivel sen esixir da outra parte:

- Os datos sobre a súa capacidade e personalidade xurídica.
- A súa situación con Facenda e a Seguridade Social.
- Datos de solvencia económica, financeira e técnica.

Basicamente e coas particularidades propias do seu carácter público, iso é o que fai o Estado. Agora ben, a crítica expresada non é gratuíta, susténtase sobre uns fundamentos reais, que quizais se magnificaron, pero que se deben comentar:

■ En primeiro lugar, unha mala regulación dos contratos de pequena contía. O exposto anteriormente pode resultar inobxectable para operacións dun certo tamaño, pero non para contratos de escaso volume. Tradicionalmente a Lei de contratos do Estado só tratou con especial axilidade a "subministración menor" (art. 86 LCE), entendendo por tal "*aqueles que se refiren a bens consumibles ou de fácil estrago, o importe total dos cales non exceda de ...*" unha primitiva cifra de 100.000 PTA, elevada a 250.000 PTA pola Lei 46/1985 (disp. adic. 26) e máis recentemente pola Lei 4/1990, que a elevou a 500.000 PTA. Igualmente, debe mencionarse a figura do contrato menor tamén con límite de 500.000 PTA, creada mediante nova redacción do art. 13 do Decreto 1005/1974 introducida polo Real decreto 52/91, do 25 de xaneiro. Un certo tratamento máis flexible establecíase tamén para as obras de conservación e reparacións menores de 2.500.000 PTA que reducían o volume do proxecto a tan só o "orçamento das obras" (art. 70 RCE)².

O exposto ten grande importancia, xa que na xestión cotiá da Administración, a maior parte dos gastos de funcionamento presentan baixas contías, que no momento que superaban as cifras reseñadas, esixían a súa tramitación por procedementos ordinarios.

■ Outra causa determinante desa imaxe de lentitude e pouca axilidade viña dada pola especial regulación do Decreto 1005/1974, que regulaba os contratos de asistencia da Admi-

² ABREVIATURAS:

LCE: Lei de contratos do Estado. Refírese ó Decreto 923/1965 que aproba o seu texto articulado coas sucesivas modificacións.

RCE: Regulamento de contratos do Estado. Refírese ó Decreto 3.410/1975, do 25 de novembro, que aproba o Regulamento xeral de contratación do Estado.

LRXPC: Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

LCAP: Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas.

nistración do Estado e os seus OAAA con empresas consultoras e de servicios.

O seu artigo 5 establecía: *"Os contratos de asistencia non terán un prazo de vixencia superior a un ano, se ben se poderá preve-la súa modificación e a súa prórroga, por mutuo acordo das partes, antes de finalizar aquel."*

Na práctica, isto orixinaba que moitos contratos de limpeza, seguridade, mantemento, etc., bastantes veces de contías pouco significativas, se renovasen anualmente, cun grande custo de dedicación para os servicios administrativos e escasa utilidade en termos de eficacia ou redución de prezos. Ademais, esta problemática ía unida con frecuencia á utilización do mecanismo da Orde do 24 de febreiro de 1983 sobre tramitación anticipada de gastos.

■ Outra fonte de problemas, estivo na tramitación dos denominados "modificados" ou "reformados", conceptos vinculados fundamentalmente ó contrato de obras. A súa especial problemática podería orixinar un relatorio específico dedicado a este tema, pero sinteticamente esta sería:

■ Utilización excesiva dunha figura en principio excepcional e non sempre fundamentada segundo o art. 149 do Regulamento de contratos do Estado, *"consecuencia de necesidades novas ou de causas técnicas imprevistas ó tempo de elabora-lo proxecto"*. A proliferación desta figura achacóuselle en ocasiónes á necesidade de incrementa-lo orzamento final da obra, ante unha adxudicación demasiado aventurada.

■ A súa tramitación esixía, case os mesmos pasos que o contrato primitivo:

- ┆ Proposta de modificación do proxecto, con xustificación técnica e documental.
- ┆ Audiencia do contratista.
- ┆ Informe da oficina de supervisión.
- ┆ Informe do servicio xurídico.
- ┆ Fiscalización previa do expediente.
- ┆ Acordo de modificación.
- ┆ Formalización en documento administrativo.

Podía ademais existir suspensión temporal, parcial ou total da obra. Agora ben, esta posibilidade do art. 61 do Prego de cláusulas xerais para a contratación de obras do Estado non se adoitaba cumprir todo o que debería; a obra seguía mentres se tramitaba a modificación, podían xurdir restricións orzamentarias, faltaba crédito para a aprobación do maior gasto, o expediente detíñase ata o exercicio seguinte, a obra concluíase e ás veces o

modificado estaba sen formalizar; en consecuencia, atraso nos pagamentos, na recepción e na liquidación.

■ Por último, a sensación de lentitude, inútil papelame e burocracia, veu motivada polos propios erros da Administración na aplicación da norma. A tipoloxía en canto a erros humanos é amplísima, pero con carácter xeral, poderíase citar pola súa importancia a repetición mecánica dos pregos de cláusulas administrativas particulares, moitas veces sen depurar e que a través do seu conxunto de cláusulas presentan esixencias perfectamente legais, pero anacrónicas ou que amplían innecesariamente requisitos. A título de exemplo:

■ Era frecuente que se esixise que as garantías provisionais se xustificasen mediante resgardo do ingreso na Caixa Xeral de Depósitos. O Regulamento de contratos do Estado prescribía para valores ou metálico (arts. 340 e 344 RCE) pero non para o aval, que é a forma máis frecuente de fianza (art. 345 RCE).

■ Tampouco é habitual, utilizar nos pregos de cláusulas administrativas particulares a posibilidade de dispensa-la fianza provisional, unha vez obtida determinada clasificación. (art. 341 RCE, R.D. 1883/1979)

■ Nalgúns pregos esíxese declaración expresa de cumprimento das obrigas laborais polos licitadores, certificado de cualificación empresarial para expedir pola Comunidade Autónoma, declaración expresa de non estar afectado pola normativa de incompatibilidades, etc.

2.2. Falta de transparencia nos procedementos de adxudicación

Para os últimos anos, unha análise das cifras dispoñibles pon de manifesto un incremento notable dos sistemas de adxudicación que incluían factores de discrecionalidade (concurso e contratación directa), fronte ós plenamente obxectivos da poxa e ata 1986 do concurso - poxa.

Os cadros que a continuación se expoñen están elaborados a partir dos datos proporcionados polas memorias da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa que se obteñen do Rexistro de Contratos dependente desta. Debe precisarse para efectos de avalia-la información, que este rexistro non reflicte os contratos inferiores a 5.000.000 PTA, onde predominou como mecanismo de adxudicación, a contratación directa. Os estados exprésanse en porcentaxes, evitando así a comparación entre cifras pouco homoxéneas tanto pola inflación como polo crecemento constante do gasto público.

Por último, a elección dos anos analizados responde a fitos de certa importancia:

- 1983: É o primeiro ano xestionado pola nova Administración.
- 1986: Entra en vigor o Real decreto legislativo 931/1986 que modificou a Lei de contratos do Estado para adecualo ó ordenamento xurídico comunitario.
- 1990: A Lei 4/1990 de orzamentos xerais do Estado para 1990 introduce notables modificacións na Lei de contratos do Estado.
- 1992: Último exercicio do que se dispón información publicada pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa.

Evolución dos sistemas de adjudicación en porcentaxes sobre contía

| Cadro 1 Contratos de obras | | | | |
|---------------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| | 1983 | 1986 | 1990 | 1992 |
| | % | % | % | % |
| Poxa | 6,7 | 26,3 | 19,5 | 7,8 |
| Concurso - Poxa | 55,1 | 15,5 | - | - |
| Concurso | 17,3 | 37 | 53,5 | 59,4 |
| Contratación directa | 20,9 | 21,2 | 27 | 32,8 |
| Total | 100% | 100% | 100% | 100% |

| Cadro 2 Contratos de subministracións | | | | |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|
| | 1983 | 1986 | 1990 | 1992 |
| | % | % | % | % |
| Concurso | 49,5 | 31,6 | 20 | 30 |
| Contratación directa | 50,5 | 68,4 | 80 | 70 |
| Total | 100% | 100% | 100% | 100% |

| Cadro 3 Outros contratos (Servicios) | | | | |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|
| | 1983 | 1986 | 1990 | 1992 |
| | % | % | % | % |
| Concurso | 20 | 32,3 | 49 | 54 |
| Contratación directa | 80 | 67,7 | 51 | 46 |
| Total | 100% | 100% | 100% | 100% |

Cadro 4
Análise do volume de contratación de cada tipo de contrato sobre o total

| | 1983 % | 1986 % | 1990 % | 1992 % |
|---|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Obras s/ total contratación | 67,2 | 63,8 | 69,5 | 47,0 |
| Subministracións s/ total contratación | 26,0 | 28,1 | 22,7 | 35,6 |
| Servicios s/ total contratación | 6,8 | 8,1 | 7,7 | 17,4 |
| Total | 100% | 100% | 100% | 100% |

Os datos recollidos poñen de manifesto:

1°. Que para o contrato de obras, o máis importante cuantitativamente, mentres en 1983, os procedementos de adjudicación obxectiva, poxa e concurso-poxa, supoñían o 61,8%, estes en 1992, xa tan só poxa, alcanzaba o 7,8%. A caída é gradual e paulativa e correspóndese cun aumento da porcentaxe de obras licitadas mediante concurso. A contratación directa aumenta en menor medida.

2°. En subministracións, onde a poxa é absolutamente marginal e excepcional, os datos desprezáronse e advírtese ata 1990 unha caída constante e notable do concurso en beneficio da contratación directa. Dunha situación de práctica equivalencia en 1983 (49,5-50,5) pásase a un (20-80) en 1990. En 1992 a situación varía lixeiramente a tendencia (30-70).

3°. A evolución, nos contratos de servicios, é inversa á anterior. Diminúe a porcentaxe de contratación directa que pasa dun 80% en 1983 a un 46% en 1992 e aumenta o concurso. Para valorar esta evolución, debe considerarse que o límite para a contratación directa se mantivo en 10 millóns de pesetas desde 1983 a 1992.

4°. Por último, en canto ó peso relativo de cada tipo de contrato sobre o total, o período 1983-1990 é relativamente homoxéneo. En 1992 esta tendencia varía, non tanto polo aumento en termos nominais da contratación de subministracións e servicios, como pola caída na licitación de obra pública.

A evolución descrita non se pode separar dos cambios lexislativos na materia, que fomentaron sen dúbida esta tendencia. Así:

■ A contratación directa varía durante este período en varias etapas o seu límite cuantitativo desde 5 millóns de pesetas a 50 millóns (art. 14 Lei 4/1990). Esta cifra elévase a 75 millóns de pesetas trala autorización do Consello de Ministros e publi-

cidade en boletíns oficiais (art. 13 Lei 4/1990). Isto para o contrato de obras, comportamento similar produciuse para os outros tipos de contratos.

■ A tendencia paulatina cara á utilización do concurso adquiriu a súa consagración normativa coa modificación do art. 28 da Lei de contratos do Estado por Lei 4/1990 de orzamentos xerais do Estado, variando a redacción do R.D. legislativo 931/1986. Vexamos:

Redacción antiga: "Os órganos de contratación utilizarán normalmente a poxa como forma de adxudicación. O concurso e a contratación directa só procederá nos casos determinados na presente lei".

Redacción modificada: "Os órganos de contratación utilizarán normalmente a poxa ou o concurso como formas de adxudicación. A contratación directa só procederá nos casos determinados na presente lei".

A modificación anterior tan sutil como importante, aprobouse no marco da discusión orzamentaria, e pasou absolutamente desapercibida. A utilización do concurso xa non esixía xustificación, como ata entón.

Como consideracións que complementan o exposto debe sinalarse:

a) Que transparencia na licitación non implicaba necesariamente transparencia na adxudicación. O concurso no anterior modelo de contratos do Estado garantía a publicidade e concorrencia na licitación, pero a adxudicación correspondíalle en exclusiva ó órgano de contratación, iso si, debía consideralos criterios recollidos no Prego de cláusulas administrativas particulares (art. 36 LCE e 115 RCE). O papel da Mesa de contratación limitábase "á apertura das proposicións presentadas polos licitadores, elevándollas coa acta e as observacións que estimasen pertinentes, á autoridade que tivese que efectuar a adxudicación do contrato" (art. 36 LCE e 116 do RCE).

b) Existen outras circunstancias, á parte da contía, que poden xustificar a contratación directa (art. 37 LCE e 117 do RCE para obras), se ben esta é a máis importante, tanto cualitativa como cuantitativamente.

Resulta evidente que a tendencia exposta, xustificada pola procura dunha maior axilidade administrativa, conduciu a sistemas cun maior peso da discrecionalidade nas decisións. A discrecionalidade aumenta o risco das conductas fraudulentas se non se establecen mecanismos alternativos de control.

2.3. Prerrogativas da Administración

Estas aparecían reguladas fundamentalmente no art. 18 da Lei de contratos do Estado e sobre todo no capítulo IV do título I do libro primeiro do Regulamento xeral de contratación, arts. 50 a 53. Os acordos da Administración, a través do órgano contratante en canto ás súas facultades de interpretación, modificación e resolución dos contratos son inmediatamente executivos. A isto hai que engadi-las capacidades de dirección e inspección na súa execución, *"podéndolle despacha-las instruccións oportunas ó empresario para o fiel cumprimento do convido e incluso verbo da suspensión provisional ou definitiva da prestación"* (art. 52 RCE).

Intimamente unida ás anteriores aparecía a capacidade para esixir-la execución da fianza pola Caixa Xeral de Depósitos e sobre todo aqueles aspectos de legalidade financeira, que sen ser tecnicamente prerrogativas da Administración, condicionan o cumprimento da súa obriga máis importante, o pagamento do prezo pactado. Resulta entón aplicable a Lei xeral orzamentaria ou no seu caso, a lei financeira da correspondente Comunidade Autónoma ou a Lei de facendas locais.

Nesta liña, convén comentar que as administracións públicas teñen sona de pagar mal ou para ser máis preciso, con atraso. Os contratistas teñen a súa parte de razón, pero non sempre. Centrándonos exclusivamente na Administración do Estado e sen vocación de exhaustividade, cabe afirmar que se adoitan incluír no mesmo bloque de causas:

a. A falta de pagamento dunha obra, subministración ou servizo, que os contratistas efectuaron na marxe da normativa contractual e financeira aplicable. É esta unha prestación dificilmente esixible ó Estado a non ser por vía xudicial ou administrativa (título X da Lei 30/1992. A Administración como responsable dos danos causados polas autoridades ou o persoal ó seu servizo). De mediar conformidade por parte do órgano contratante, sempre se pode reelabora-lo expediente e acudir á técnica impropriamente denominada de "validación" (art. 32 R.D. 2188/ 1995), mediante decisión do Consello de Ministros.

b. Os atrasos na revisión dos prezos, ó dilatarse a publicación dos índices aplicables ás fórmulas tipo do Real decreto 3.650/1970.

c. A tardanza no pagamento porque o contratista non cumpriu satisfactoriamente a prestación pactada (art. 43 LGP, 47 e 91 de a LCE).

d. Os atrasos efectivamente causados pola Administración como consecuencia dunha deficiente tramitación ou en me-

nor medida por problemas de Tesourería. Sería neste epígrafe onde se podería falar realmente de dereito a esixi-lo xuro de mora, e resultaría entón aplicable segundo os casos, o art. 47 da Lei de contratos do Estado para as certificacións de obra, o art. 91 da mesma lei para as subministracións, o art. 172 do Regulamento de contratos do Estado para as liquidacións provisionais de obras e o art. 176 do dito texto legal para a liquidación final ou definitiva. En todos estes supostos danse con carácter común dous requisitos:

1. Necesidade de intimarlle por escrito á Administración que aboe o xuro de mora.
2. Prazo mínimo de tres meses, para o cumprimento da obriga de pagamento principal, que se pode elevar a 6 meses para a liquidación definitiva e a 9 meses para a provisional.

Fronte á imaxe descrita, a nivel xeral adoita descoñecerse, que a Administración veu anticipando, co aval pertinente, partes importantes do prezo dos contratos mediante os denominados anticipos por instalacións e provisión de materiais ou equipos de maquinaria pesada (art. 143 RCE, cláusulas 54 e ss. do Prego xeral de obras do Estado).

Analizada a problemática exposta, que condiciona a valoración global que a opinión pública parece ter sobre a normativa contractual do Estado, corresponde agora estudar en qué medida a nova Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas incide sobre os diversos aspectos comentados.

3. Situación trala Lei 13/1995 de contratos das administracións públicas

Como se sinalou na introducción, este epígrafe non pretende desenvolver unha análise detallada e sistemática da nova norma, senón tan só resaltar aquelas novidades que inciden na problemática exposta e que teñen unha importancia relevante na aplicación cotiá da mesma.

3.1. Simplificación dos procedementos

Como se indica na súa exposición de motivos, é este un dos obxectivos fundamentais que pretende conseguir a nova lei. Sobre el caben formula-los seguintes comentarios:

Primeiro: No esencial, o modelo de xestión dos denominados contratos típicos (obras, subministracións e xestión de servizos públicos) non varía, como non podía ser doutra maneira, manténdose os fitos fundamentais do procedemento. As mo-

dificacións principais veñen dadas pola necesaria adaptación ás directivas comunitarias 92/50/CEE para contratos de servicios, 93/36/CEE para subministracións e 93/37/CEE para obras. Os cambios aféctanlles ós procedementos e formas de adxudicación, nun triple sentido:

a. Cambios semánticos non transcendentos. Como exemplos rechamantes: hai unha certa equivalencia entre os termos procedemento negociado e a vella contratación directa, a consideración como contrato de obras da concesión de Obras Públicas, que en canto á explotación da mesma remite ó art. 162, xestión de servicios públicos.

b. Cambios en canto ós prazos de publicidade no *Diario Oficial das Comunidades Europeas*, que aumentan considerablemente. Procedementos abertos: de 36 días (obras) e 42 días (subministracións) a 52 días. Procedementos restrinxidos: de 21 días (obras) e 30 días (subministracións) a 77 días. Ambos en tramitación ordinaria.

c. Desaparición da fórmula da admisión previa na poxa e no concurso, que na práctica deixaran como unha figura escasamente utilizada o procedemento restrinxido. Na redacción xa antiga (art. 34), introducida por o R.D.L. 931/1986, a documentación para a admisión previa presentábase en sobre independente pero asemade co resto da documentación, incluída a proposición económica. A sistemática do procedemento restrinxido, pola contra, distingue claramente dúas etapas, en primeiro lugar a de selección dos participantes con base a criterios obxectivos determinados no prego e só con posterioridade, enviaráselles invitación ós admitidos para que presenten a súa proposición.

Do apuntado anteriormente, dedúcese con claridade, que as modificacións impostas pola normativa comunitaria non contribúen a axiliza-lo procedemento, pola contra, alongan o prazo de resolución.

Segundo: Abórdase unha nova concepción dos contratos menores. O art. 57 da nova lei establece: *Nos contratos menores, que se definirán exclusivamente pola súa contía, de conformidade cos artigos 121, 177 e 202, a tramitación do expediente só esixirá a aprobación do gasto e a incorporación ó mesmo da factura correspondente que reúna os requisitos regulamentariamente establecidos e no contrato menor de obras, ademais, o orzamento das obras, sen prexuízo da existencia de proxecto cando normas específicas así o requiran*".

Isto supón que o vello límite das 500.000 pesetas salta polos aires establecéndose en 5 millóns de pesetas para os contratos de obras e 2 millóns de pesetas para as subministracións

e os contratos de consultoría, asistencia e servizos. Non se admite esta categoría para os contratos de traballos específicos concretos e non habituais (art. 202, Lei 13/1995).

Non obstante, esta formulación aparentemente sinxela, presenta bastantes problemas na súa aplicación práctica, a título simplemente indicativo, podemos sinalar:

- Delimitación do termo "*expediente*" (en canto á documentación e requisitos esixibles), para efectos do art. 57 citado.
- Posible esixencia de Mesa de contratación no procedemento de adxudicación, o que se parece deducir da lectura dos arts. 82 e 93.2 da Lei 13/1995.
- Friccións ou superposicións entre a categoría dos contratos menores e o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía nos diversos tipos de contratos [art. 141 f), 183 i) e 211 h)]

Sobre estes temas pronunciáronse xa, tanto a Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado (Dictame do 19 de xullo de 1995), como a Intervención Xeral da Administración do Estado (Informe do 22 de setembro de 1995). A resolución dos aspectos formulados parece inclinar-se:

- Por interpreta-la palabra "*expediente*" nun sentido amplo, "como conxunto de actuacións que poden chegar, incluso, ata a adxudicación".
- Pola non esixencia de Mesa de contratación para este tipo de contratos.
- Por considera-los contratos menores como unha especialidade simplificada do procedemento negociado sen publicidade.

Non obstante, sobre estas materias aínda non se pronunciou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa que, considerando o art. 10 da nova lei, é sen lugar a dúbidas o órgano que ha de fixar doutrina. Sen embargo, malia as disquisicións xurídicas expostas, a nova regulación dos contratos menores pode facilita-la xestión dos contratos de pequena contía, axilizando a súa tramitación, ó requiri-lo mínimo de documentación esixible.

Terceiro: Unha das grandes novidades da lei, por outro lado inaprazable, tanto por necesidade como por imperativo comunitario, é a incorporación ó contido da mesma da problemática dos contratos de servizos, ata agora contida no Decreto 1005/1974 sobre contratos de asistencia con empresas consultoras e de servizos, así como no R.D. 1465/1985 sobre traballos específicos non habituais. A Lei 13/1995, regula esta materia no título IV, do

libro II, no que se establecen tres tipos de contratos, por razón do seu obxecto:

1. De consultoría e de asistencia.
2. De servicios.
3. Para a realización de traballos específicos e concretos non habituais.

O tratamento normativo desta materia presenta algúns aspectos pouco afortunados:

■ A definición, por delimitación do ámbito obxectivo, dos contratos anteditos achégalle moi pouco á racionalidade do sistema. Así, o art. 197, repite termos similares, incluso idénticos para cada tipo deles. A delimitación do **contrato de servicios** por exclusión, como aqueles “*que non se encontren comprendidos nos contratos de consultoría e de asistencia, traballos específicos e concretos non habituais ou nalgún dos regulados noutros títulos deste libro*”, ou de traballos específicos, como os “*non incluídos nos apartados anteriores*” (consultoría e servicios), é desde o punto de vista de técnica lexislativa censurable.

■ O contrato de traballos específicos e concretos non habituais xa non se define polo seu ámbito subxectivo, non se reserva expresamente a persoa física como na lexislación precedente.

Considerando o argumentado no parágrafo anterior, resulta practicamente imposible sinalalo seu contido.

■ Igualmente, debe destacarse verbo do contrato de elaboración de proxecto de obras a confusión entre os conceptos de indemnizacións e penalizacións.

Neste sentido existe unha crítica doutrinal consistente, destacando o traballo de Silvano Calle Calvo dedicado a esta temática baixo a rúbrica de “*Una compilación deplorable*”.

Non obstante, desde a perspectiva do presente estudio, a elevación do tempo normal de duración do contrato a catro anos, prorrogable ata seis, con excepción dos traballos específicos e concretos non habituais, que se reducen a dous; a introducción dunha posible contratación centralizada; a elevación ata 2 millóns de pesetas do límite dos contratos menores, xa comentada, poderán contribuír a unha maior axilidade na tramitación dos expedientes administrativos.

Cuarto: O art. 146 da Lei 13/1995 aborda a modificación do contrato de obras, sen grandes variacións sobre o modelo recollido polo art. 150 e ss do Regulamento xeral de contratación. Créase a figura da Comisión de arbitraxe para os prezos contradictorios, que haberá de ser obxecto de regulación regula-

mentaria. O procedemento, aparentemente máis sinxelo, non supón unha redución substancial agás en canto á súa tramitación con carácter de urxencia. En canto ó parágrafo 4 do novo artigo 146, a súa redacción é tan confusa, que en función da interpretación que acabe asumindo a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, pode variar a concepción desta figura³.

Cabe subliñar tamén, que no vello modelo os aspectos relativos ás modificacións contractuais xiraban ó redor da regulación do contrato de obras. A nova lei no art. 102 mediante a súa inclusión no libro I, dálle autonomía a esta figura, con independencia das especialidades para cada tipo de contrato.

Quinto: Fóra dos aspectos de maior relevancia tratados nos epígrafes anteriores, as modificacións recollidas pola Lei de contratos das administracións públicas, introducen aspectos contradictorios que nuns casos parecen axilizar a tramitación e acurtar prazos, mentres que outras medidas non parecen contribuír a isto. Para efectos simplemente enunciativos podemos mencionar:

A. Como medidas axilizadoras:

■ A desaparición da figura da recepción provisional, existindo agora tan só *"un acto formal e positivo de recepción ou conformidade para levar a cabo dentro do mes seguinte de producirse a entrega ou a realización do obxecto do contrato"* (art. 111, Lei 13/1995). Este artigo ha de poñerse en concordancia co 48.4, para efectos de devolución da garantía, de non mediar recepción formal.

■ Simplificación dos proxectos de obras inferiores a 20 millóns de pesetas (art. 124 LCAP). Pendente de desenvolvemento regulamentario.

■ Elevación de 10 a 50 millóns a cifra para incorporar preceptivamente o informe de supervisión de proxectos (art. 128 LCAP).

B. Medidas que contribúen a dilatar prazos ou introducen confusión:

■ Na marxe dos incrementos nos prazos de publicación no *Diario Oficial da Comunidade Europea (DOCE)* xa comentado, o prazo mínimo de publicación no *BOE* aumenta para os procedementos abertos de 20 a 26 días e para os restrinxidos a un mínimo de 40 entre as dúas fases.

■ Non se comprende a ruptura (en materia de prazos), do criterio xeral do noso dereito administrativo, no sentido en que se computan os días naturais en lugar dos días hábiles (art. 48 LRJPC e 77 LCAP). Se ben pode xustificarse por im-

³ A recente Lei 11/1996 variou substancialmente a redacción do artigo 146.4 ó establecer un procedemento que delimita claramente os límites desta especial modificación.

perativo da lexislación comunitaria, isto só debería incidir en canto á publicidade das licitacións.

■ Merece igualmente censura que a lei substitúa os limiares de aplicación das directivas comunitarias expresadas en ECUS polo seu contravalor exacto en pesetas, que haberá de variar periodicamente. (Disposición adicional primeira, Lei 13/1995).

■ Por último as cautelas seguidas nos procedementos de adxudicación contribuirán a incrementa-los prazos de resolución dos expedientes, aspecto este que se desenvolverá no seguinte epígrafe.

3.2. *Modificacións nos mecanismos de adxudicación*

Resulta de todos coñecido que nos últimos anos, na vida política e administrativa deste país agromaron diversos escándalos relacionados coa adxudicación de contratos públicos, o que sen dúbida condicionou aspectos da súa regulación na nova lei. Na primeira parte deste traballo púxose de manifesto con cifras e mediante o seguimento das modificacións lexislativas, un proceso que auspiciado polo loable obxectivo de conseguir unha maior axilidade nas decisións, conduciu a mecanismos de adxudicación cun importante contido discrecional. A nova lei rompe esta tendencia a través de diversas medidas, que a continuación se comentarán brevemente:

A. Se ben a poxa e mailo concurso, a través dos procedementos aberto ou restrinxido, continúan como formas normais de adxudicación (art. 76 LCAP), o sistema vai variar substancialmente polo papel que se lle fai xogar á Mesa de contratación. Tal como se comentou, no vello modelo, o papel da Mesa era esencialmente a cualificación da documentación presentada, dando fe en acto público das ofertas presentadas, sendo a máis baixa obxecto de adxudicación provisional na poxa ou limitándose a elervalle as ofertas admitidas ó Órgano de contratación. O art. 82 da nova lei introduce dúas novidades fundamentais:

1ª. A súa participación en tódolos procedementos e formas de adxudicación, incluíndo o procedemento negociado. Só se exclúe o caso do art. 12.4, onde actúan as xuntas de contratación, órgano colexiado con participación necesaria da asesoría xurídica e a intervención. Igualmente se presenta a dúbida, xa mencionada, sobre a súa aplicabilidade ós contratos menores.

2ª. A Mesa de contratación formúlalle unha proposta ó órgano de contratación acompañada de cantos informes técnicos considere precisos, se aquel se separa na súa decisión da proposta, haberá de motiva-la súa decisión.

Resulta evidente que este mecanismo, ó facer participar de modo relevante a un órgano colexiado, onde ademais figuran polo menos dous compoñentes con autonomía funcional, incluso orgánica do órgano de contratación, o compoñente discrecional diminúe sensiblemente.

B. Outra novidade, sen dúbida relevante, consiste na drástica redución das contías máximas para utiliza-lo procedemento negociado sen publicidade. Comparando estas coas vixentes para a contratación directa resulta a seguinte comparación:

- Contrato de obras: baixa de 50 millóns a 5 millóns.
- Contrato de subministracións: baixa de 10 millóns a 2 millóns. Para os denominados contratos de fabricación o límite redúcese de 25 a 3 millóns.
- Contrato de asistencia técnica: baixa de 15 a 2 millóns.
- Contrato de traballos específicos: redúcese de 5 a 1 millón.

Como se pode comprobar, a coincidencia destas cifras coas que definen os novos contratos menores, van modifica-lo funcionamento do mecanismo de contratación directa coñecido ata agora, ó despraza-los contratos xestionados así por razón da contía, maioritarios, cara a:

- a. Os contratos menores.
- b. Formas de adxudicación sometidas a publicidade, é dicir, o concurso e maila poxa.

O procedemento negociado sen publicidade vai quedar reservado na práctica para os casos singulares recollidos nas normas: imperiosa urxencia, obras complementarias, contratos declarados secretos ou reservados, etc.

C. Como contrapartida ós aspectos comentados, unha maior seguridade nas decisións de adxudicación, pode resultar contraproducente co obxectivo de simplificación administrativa proposto. Así:

1. A publicidade vai alongar necesariamente o procedemento de adxudicación.
2. A participación determinante da Mesa, aínda que os prazos de decisión se manteñan, pode, facer máis complexo o proceso.
3. A concepción exclusiva do procedemento restrinxido, fronte á antes utilizada da admisión previa, problemática xa comentada, alonga necesariamente os prazos.
4. A redacción do art. 12.2 da nova Lei de contratos das administracións públicas, que varía o criterio do art. 8.2 da antiga lei, ó diferencia-las fases de aprobación e autorización, cando esta lle corresponde ó Consello de Ministros, resulta

contraproducente. Á parte de restarlle seguridade ó sistema, non comentamos aquí a problemática da súa fiscalización, a medida vai orixinar un incremento nos prazos de resolución. Antes, a autorización do Consello de Ministros implicaba a aprobación do gasto, o que agora non sucede, ó existir un requisito máis de certa complexidade, para engadir na tramitación do expediente.

3.3. *Modificacións que afectan ás prerrogativas e en xeral á situación de preeminencia da Administración*

O tratamento das prerrogativas da Administración en sentido estricto non ofrece cambios substanciais na nova regulación, se ben algúns aspectos antes desenvolvidos a nivel regulamentario son agora recollidos pola lei. Isto resulta especialmente manifesto en canto á resolución e para os seus efectos ou a invalidez. Sen ánimo de exhaustividade cabe comentar os seguintes aspectos:

Primeiro: O art. 60 da Lei de contratos de administracións públicas introduce a novidade do informe preceptivo do Consello de Estado (para os supostos de interpretación, nulidade e resolución), nos casos de oposición por parte do contratista, fóra de calquera límite cuantitativo, 100 millóns sinalaba o art. 18 da antiga Lei de contratos do Estado. Esta nova regulación límitase a recolle-lo exposto polo art. 22.11 da Lei 3/1980 orgánica do Consello de Estado. O precepto parece robustece-la posición do contratista e así é, este en ocasións e para pequenos contratos, sobre todo nos casos de resolución, pode utilizar esta garantía como un mecanismo dilatador dos procesos, incluso ante incumprimentos manifestos.

Pola contra, a situación faise máis flexible para as modificacións, xa que o Consello de Estado só emitirá informe cando estas superen o 20% do prezo orixinal do contrato (como ata agora) e ademais este ha de rebordalos mil millóns de pesetas.

Segundo: En materia de garantías, o art. 44 da Lei de contratos das administracións públicas, estende a responsabilidade das mesmas "*ás obrigas derivadas do contrato*", novidade en relación ó art. 115 do Texto articulado da Lei de contratos do Estado, que pode modificar sensiblemente o seu alcance, sobre todo en concordancia co art. 46.2 da nova Lei 13/1995.

Terceiro: Novidade tamén destacable é a regulación do art. 96.4 da nova lei, que fronte ó art. 138 do Regulamento xeral de contratación establece que cando as penalizacións superen o 20 por 100 do importe do contrato, a Administración pode resolver ou continua-la súa execución. O artigo do regulamento citado establecía a obrigatoriedade de proceder á súa resolución.

Cuarto: Sen lugar a dúbidas, este epígrafe non se pode pechar sen comentar unha das novidades principais da nova Lei de contratos das administracións públicas, o que afecta ó aboamento de xuros de mora. O artigo 100.4 establece: “A Administración terá obriga de aboa-lo prezo dentro dos dous meses seguintes á data da expedición das certificacións de obras ou dos correspondentes documentos que acrediten a realización total ou parcial do contrato, sen prexuízo do prazo especial establecido no artigo 148 e se se demorase deberá aboarlle ó contratista, a partir do cumprimento do dito prazo de dous meses, o interese legal do diñeiro incrementado nun 1,5 puntos, das cantidades que se deben”.

Unha primeira aproximación entre esta norma e a situación ata agora vixente, sen esquece-la disposición transitoria oitava que restrinxe a novidade exposta ós contratos adxudicados trala nova lei, pon de manifesto:

1. Unha redución do período legal de pagamento de tres meses a dous, para o caso xeral e de nove a seis meses na liquidación final (art. 148.2 LCAP).
2. Non se presenta como obrigatoria a intimación por escrito.
3. A penalización pola mora non é o interese legal do diñeiro, como ata agora, senón este incrementado en 1,5 puntos.
4. Os parágrafos 5 e 6 do citado artigo 100 establecen como causa específica de suspensión ou resolución do contrato, a demora no pagamento por parte da Administración.

A nova situación, tal como se expuxo, pode supoñer un encarecemento considerable da contratación do Estado e fundamentalmente doutras administracións públicas con menor autonomía financeira. Non obstante esta formulación, aparentemente radical, podería atenuarse por vía regulamentaria. De calquera xeito, a plasmación práctica do novo precepto esixe este desenvolvemento, e que aclare:

■ Se a non mención do requisito da intimación por escrito supón necesariamente unha actuación de oficio por parte da Administración, debe considerarse que o art. 45 da vixente Lei xeral orzamentaria, se a esixe, sendo esta a norma xeral na materia.

■ Quén debe liquidalo interese, a Tesourería ou a unidade contratante. No marco do Estado, o Departamento Ministerial ou a Dirección Xeral do Tesouro.

■ Intimamente relacionado co anterior, formúlase o problema da imputación orzamentaria, se se opta por unha solución que supoña maior custo do investimento, podería acontecer que o interese non se puidese aboar por ausencia de crédito, polo que se acrecentaría o problema.

Conclusiones

Ata aquí, un catálogo de posibles acertos e problemas que orixinará na súa aplicación a nova Lei de contratos das administracións públicas. O achegamento realizado permite concluir que na reforma non existe unha liña de actuación clara; obsérvase unha certa ambivalencia, con preceptos que presentan unha liña contradictoria. Así, e a modo de síntese, pódese afirmar que:

- Algunhas medidas teñen un carácter marcadamente simplificador e de axilización na tramitación administrativa. Destaca especialmente o tratamento dos contratos menores e a ampliación na duración dos contratos de servicios.

- Contrariamente, os preceptos das directivas comunitarias e unha certa tendencia de reacción fronte á excesiva discrecionalidade na contratación a que conduciron as modificacións normativas dos últimos anos determinaron un aumento en canto á publicidade dos procesos contractuais e un alongamento dos seus prazos. O papel para xogar polas mesas de contratación e a exclusiva concepción do procedemento restrinxido aumentarán os períodos de decisión; como contrapartida, reforzaranse os principios de publicidade e de concorrencia, así como a transparencia nas adxudicacións.

- Manténse en xeral o sistema de prerrogativas da Administración, pero a posición dos adxudicatarios consolídase ante os incumprimentos por demora no pagamento da Administración contratante. 