

ANÁLISIS METODOLÓGICO DE LA PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: SOMBRAS DE LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JOSÉ MARÍA AYALA DE LA TORRE
Abogado del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Extracto:

BAJO el título «Análisis metodológico de la preparación de los contratos del sector público: sombras de la Ley 30/2007, de Contratos de Sector Público», pretendemos ofrecer una panorámica general de la nueva regulación. Para ello partimos de un planteamiento, a modo de introducción, en el que se abordan los conceptos esenciales de la ley: sector público-poder adjudicador-Administración pública; contratos sujetos a regulación armonizada y no sujetos a regulación armonizada, continuando en los Capítulos II y III con el estudio de las reglas de preparación de los contratos, tanto de la Administración Pública como del resto de los poderes adjudicadores.

Finalmente, la metodología propuesta nos obliga a analizar pormenorizadamente las formas de revisión de los actos de preparación de los contratos, tanto de oficio como a través de los recursos administrativos, con especial atención al nuevo recurso especial en materia de contratación, y finalizando con la impugnación judicial, donde el orden jurisdiccional civil ha visto ampliadas sus competencias en detrimento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La recapitulación contenida en el Capítulo V trata de enunciar una serie de problemas hermenéuticos que pueden plantearse con la ley; en definitiva, las sombras de la nueva regulación.

Palabras clave: preparación-contratos-públicos.

METHODOLOGICAL ANALYSIS FOR PREPARING PUBLIC SECTOR CONTRACTS: SHORTCOMINGS ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS ACT

JOSÉ MARÍA AYALA DE LA TORRE
Abogado del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Abstract:

UNDER the heading «Methodological analysis for preparing public sector contracts: Shortcomings on Public Sector Contracts Act» we aim to provide an overview of the new regulation. For this approach we start up tackling the core concepts in law: public sector-awarding authority-public Administration; Contracts subject to harmonized regulation or excluded, proceeding in Chapters II and III with a study of rules for preparing contracts by, both public administration and other awarding authorities.

Finally, the proposed methodology requires us to analyze exhaustively the new administrative appeals procedures, and precautionary measures, focusing on special appeals to the preliminary awarding, appealing to the court, enhancing competences of civil courts versus administrative courts.

Summary contained in Chapter V sets out a range of hermeneutical problems that might arise, highlighting the lacks of the new act.

Keywords: public contracts.

Sumario

- I. Planteamiento de la cuestión.
- II. Preparación de los contratos de las Administraciones públicas.
 1. Estructura del Libro II.
 2. Garantías.
 3. Clasificación.
 4. Tramitación ordinaria, urgente y de emergencia.
 5. Pliegos de contratación.
 6. Condiciones especiales de ejecución: la relevancia del artículo 102 en relación con la defensa de las personas con discapacidad.
- III. Preparación de los contratos de los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas.
- IV. La revisión de los actos de preparación.
 1. Revisión de oficio.
 2. Recursos administrativos: recurso especial y recurso ordinario.
 3. Impugnación jurisdiccional: reparto competencial entre el orden jurisdiccional civil y el orden contencioso-administrativo.
 4. Excursus: la inimpugnabilidad de la adjudicación definitiva.
- V. Recapitulación.
- VI. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, es sinónimo de cambio: cambio, por un lado del lenguaje, implicando el tránsito de un lenguaje estrictamente jurídico (el de las anteriores leyes de contratos de la Administración Pública) a un lenguaje de lo económico. En efecto, la lengua utilizada por la nueva ley es fiel reflejo del modelo comunitario europeo basado a su vez en el principio de la economía del libre mercado; por ello, como veremos, amplía el abanico de sujetos que se someten a su regulación, pero también privatiza en cierto modo el ordenamiento contractual de lo público (como luego analizamos a propósito de la atribución de competencias al orden civil, que experimenta un crecimiento en detrimento de la jurisdicción especializada, el orden contencioso-administrativo).

Por otro lado, el cambio del que hablamos se materializa en el ámbito de aplicación de la norma, que debe abordarse desde una perspectiva bifronte: subjetiva y objetiva.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2002 (sustituido en bloque por la Ley 30/2007, a excepción de la «financiación del contrato de concesión de obra pública», arts. 253 a 260 del TRLCAP) partía de dos conceptos sencillos, sencillez derivada lisa y llanamente de estar habituados a ellos, a saber: el de Administración pública, que operaba como elemento mediador de sujeción de la actividad contractual a la norma, y el de la distinción contratos administrativos-contratos privados, de modo que los primeros se regían en su integridad por el Derecho administrativo, siendo revisables por el orden contencioso-administrativo, en tanto que los segundos quedaban circunscritos al Derecho privado, con control por el orden común o civil, sin perjuicio de la también clásica construcción doctrinal de los actos separables, siempre sometidos al Derecho administrativo, sometimiento a ese conjunto de reglas exorbitantes respecto del Derecho común derivado del hecho de que en el proceso de formación de la voluntad de todo órgano administrativo el mismo se somete a unas reglas especiales, basadas en el principio de legalidad y cuyo fundamento último se encuentra en el origen presupuestario de los fondos empleados.

Estos dos conceptos fundamentales de la regulación anterior (Administración pública y contratos administrativos *versus* contratos privados) son sustituidos, como decimos, en la Ley 30/2007 del modo siguiente:

1. Desde una perspectiva subjetiva, la ley ha ampliado su ámbito de aplicación, partiendo de un concepto presupuestario de Administración, que denomina sector público y aparece descrito en el artículo 3.1 (Administración General del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales; entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; organismos autónomos, universidades, entidades públicas empresariales, agencias, las denominadas Administraciones independientes, mutuas de accidentados de trabajo y actividad profesional, sociedades mercantiles y fundaciones con capital mayoritario de las entidades públicas territoriales, consorcios dotados de personalidad, etc.).

La clasificación de sector público a efectos de la Ley de Contratos, tomada de la Ley General Presupuestaria, tiene como común denominador de los sujetos que la integran el hecho de que se trata de entidades cuyos fondos provienen del erario público.

Una vez definido el concepto de sector público, la ley obliga a distinguir tres niveles de sujeción a la misma por razón de una triple categoría:

1.^a Administración pública. El artículo 3.º 2 incluye dentro del concepto de Administración pública las siguientes entidades:

- Administración General del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales.
- Entidades gestoras de la Seguridad Social.
- Universidades públicas.
- Entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tengan atribuidas funciones de regulación sobre un determinado sector o actividad; es el caso de las agencias, así como de los denominados reguladores (CNMV, CMT, CNE, etc.).
- Entidades de Derecho público, vinculadas o dependientes de otras Administraciones públicas que o bien no tengan por principal actividad la producción de bienes o servicios para el mercado o bien no se financien mayoritariamente con unos ingresos que sean contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios.

Pese a que las entidades públicas empresariales sean Administración pública a efectos de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), la Ley 30/2007 las excluye expresamente y deliberadamente de dicha categoría en su actividad contractual, decisión de política legislativa en absoluto baladí como podremos analizar más adelante.

2.^a Entidades del sector público que sin ser Administración pública ostentan la condición de poder adjudicador. De acuerdo con el artículo 3.º 3 b) de la Ley 30/2007, dichas entidades distintas de la Administración pública deben cumplir dos requisitos a los efectos de tener

la consideración de poder adjudicador: por un lado, haber sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; por otro lado, que otro poder adjudicador financie su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración.

En definitiva, el concepto de poder adjudicador del artículo 3.º 3 b) nos conduce, en el ámbito estatal, a tres sujetos: EPEs, fundaciones del sector público y sociedades mercantiles estatales.

El segundo de los requisitos exigidos por el precepto comentado no plantea problema alguno, denotando el control de las decisiones del poder adjudicados por otro poder adjudicador, una aplicación en definitiva de la doctrina del *in house providing*.

Los problemas se centran en el primer requisito, haber sido creadas para satisfacer un interés general que no tenga carácter mercantil o industrial, y en concreto a propósito de las sociedades mercantiles estatales. En efecto, no plantea problema el caso de las entidades públicas empresariales que, si bien no son Administración pública a efectos de la Ley 30/2007, se definen como organismos públicos vinculados o dependientes del Estado, creados para realizar alguna de las funciones previstas en el artículo 3.2 de la LOFAGE (art. 41 de la Ley 6/1997); luego su creación responde a satisfacer necesidades de interés general.

Las fundaciones del sector público estatal, por definición, cumplen el primer requisito del artículo 3.º 3 b) de la Ley 30/2007, pues las fundaciones reconocidas por el artículo 34 de la Constitución Española son para «fines de interés general»; y de igual modo, la Ley 50/2002 de fundaciones las define como entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto es satisfacer necesidades de interés general.

En el caso de las sociedades mercantiles ha de indicarse que si bien en un primer momento pudiera pensarse que las mismas estuvieran excluidas, por definición, del concepto de poder adjudicador, debido a su «carácter mercantil», ello no es así, pues debe distinguirse entre la «forma» mercantil y el «carácter» mercantil, reconduciendo éste al «objeto».

Quiere decirse con ello que si bien las sociedades mercantiles estatales son mercantiles por la forma que adoptan, no es menos cierto que lo son «cualquiera que sea su objeto» (arts. 3.º de la LSA y de la LSRL); por consiguiente, a los efectos de determinar si se cumple el primer requisito del artículo 3.º 3 b), hay que estar al objeto concreto de la sociedad, no a la forma.

La jurisprudencia comunitaria ha dado ciertos criterios o parámetros para delimitar si estas entidades instrumentales presentan o no la nota de mercantilidad:

- Régimen de monopolio en la prestación del servicio o, por contra, régimen de concurrencia, faltando en el primer caso la nota de la mercantilidad.
- Si el precio se determina por concurso entre oferta y demanda puede deducirse el carácter mercantil que faltará cuando el precio sea fijado directamente por el sector público. Por consiguiente, el régimen a través del cual la sociedad opera en el mercado deviene en esencial a efectos de dilucidar la mercantilidad de la sociedad.

- Por razón del objeto social previsto en los estatutos de la sociedad de que se trate (por ejemplo, las sociedades estatales cuyo objeto consiste en la realización de obras hidráulicas de interés general, sociedades vinculadas a los diferentes organismos de cuenca, no tienen carácter mercantil).
- En última instancia, cuando la Administración matriz compense las pérdidas de la sociedad instrumental podemos entender que falta la nota de la mercantilidad.

En definitiva, las sociedades mercantiles estatales pueden tener la consideración de poder adjudicador, debiendo acudir a los criterios indicados por la jurisprudencia comunitaria ya comentada, pudiendo incluso ser poder adjudicador en ciertas relaciones contractuales, no siéndolo en otras.

- 3.^a Entidades del sector público que no son poderes adjudicadores. Cuando, tratándose de entidades del sector público al amparo del artículo 2.º de la ley, no se cumplan los requisitos del artículo 3.º 3 b), estaremos ante esta tercera categoría que, como veremos, supone una menor sujeción a la Ley 30/2007.

2. Desde la perspectiva objetiva ha perdido una significativa virtualidad la clásica distinción contrato administrativo-contrato privado emergiendo la distinción contrato sujeto a regulación armonizada-contrato no sujeto a regulación armonizada (en adelante contrato SARA y no SARA).

- 1.^a Contratos administrativos. El artículo 19.1 de la Ley 30/2007, siguiendo la dogmática de la regulación anterior, señala que son contratos administrativos los contratos típicos que realiza la Administración (obras, servicios, suministros y el nuevo contrato de colaboración) y los contratos que tengan naturaleza administrativa por resultar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante o por satisfacer una finalidad pública de la competencia de ésta.

Estos contratos administrativos vienen delimitados objetiva y subjetivamente: objetivamente, por tener un objeto de los enunciados en el artículo 19.1; y subjetivamente, por cuanto que la entidad contratante ha de ser necesariamente una Administración Pública de las enumeradas en el artículo 3.º 2.

Por lo demás, estos contratos se rigen en su totalidad (preparación, adjudicación, efectos y extinción) por el Derecho administrativo y las controversias que se susciten son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 19.2 y 21.1 de la Ley 30/2007).

- 2.^a Contratos privados. La Administración pública también puede celebrar contratos privados, definidos en la ley de forma negativa (aquellos cuyo objeto no está comprendido en los arts. 19.1 y 20.1, segundo párrafo); estos contratos privados de la Administración se rigen en cuanto a la preparación y adjudicación por el Derecho administrativo (concepto de acto separable, que responde a la lógica de que todo proceso de formación de la voluntad de cualquier órgano administrativo se somete al Derecho administrativo) y en cuanto a los efectos y extinción por el Derecho privado, de suerte tal que la competencia para revisar los actos sepa-

rables recae en el orden contencioso-administrativo, mientras que las controversias suscitadas sobre los efectos, cumplimiento y extinción serán resueltas por el juez civil (arts. 20.2 y 21.1).

Por otro lado, los contratos, cualquiera que sea su objeto, que celebren las entidades del sector público que no son Administración pública son contratos privados, con el mismo régimen jurídico en línea de principio que los contratos privados de la Administración. En cuanto a la revisión jurisdiccional de los contratos privados del sector público que no sean Administración pública, como veremos con detalle en el capítulo IV.3 de este trabajo, la Ley 30/2007 sorprendentemente atribuye competencia al orden civil también para el conocimiento de las controversias suscitadas en materia de preparación y adjudicación, salvo si se trata de contratos SARA, tal y como dispone el artículo 21.2.

- 3.^a Contratos SARA-no SARA. Como dijimos anteriormente, el nivel de sujeción a la Ley 30/2007 depende en buena medida de una categoría novedosa, la distinción entre contratos SARA-no SARA, distinción ajena a la existente entre contratos administrativos-contratos privados.

Al igual que sucede con el contrato administrativo, el contrato SARA se delimita sobre la base del cumplimiento de un doble requisito: la entidad contratante ha de ser un poder adjudicador [esto es, o una Administración Pública o cualquiera de las entidades que cumplan los requisitos del art. 3.º 3 b)] y el objeto del contrato ha de ser alguno de los mencionados en el artículo 13.1 (contrato de colaboración, en todo caso, y los de obras, concesión de obra pública, suministro y servicios cuyo valor estimado alcance las cuantías previstas en los arts. 14 a 17 de la ley).

De lo expuesto hasta ahora extraemos dos conclusiones: por un lado, las entidades del sector público que no ostentan la consideración de poder adjudicador no pueden celebrar contratos SARA (es decir, los contratos realizados por estas entidades son, por definición, contratos privados y contratos no SARA); por otro, los contratos SARA pueden ser administrativos o privados, según sean celebrados por una Administración Pública o por un poder adjudicador del artículo 3.º 3 b), respectivamente.

II. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Estructura del Libro II.

La preparación de los contratos, regulada en el Libro II de la Ley 30/2007 (arts. 93 a 121), se estructura en dos Títulos, el primero de ellos relativo a la preparación de los contratos de las Administraciones públicas y el segundo a la de los contratos de los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas.

En este epígrafe analizamos las reglas contenidas en el Título I del Libro II, dejando para el siguiente el análisis del artículo 121 de la ley.

No obstante, antes de comenzar con el Título I del Libro II hemos de referirnos a dos cuestiones que, aunque relacionadas con la preparación de los contratos, aparecen reguladas en el Libro I de la ley, a saber, las garantías y la clasificación.

2. Garantías.

Los artículos 83 a 92 de la Ley 30/2007 se ocupan del régimen jurídico de las garantías exigibles en la contratación del sector público, distinguiendo, siguiendo el esquema general de la ley, entre contratos celebrados por las Administraciones públicas y contratos celebrados por el resto del sector público.

2.1. *Contratos celebrados por las Administraciones públicas.*

La Ley 30/2007, al igual que el TRLCAP 2/2000, prevé dos clases de garantías: provisional y definitiva.

Comenzando por la garantía provisional, prevista en el artículo 91, hemos de destacar las siguientes particularidades de su régimen jurídico:

- El objeto de la garantía provisional no es otro que asegurar la seriedad de la oferta; de ahí que la garantía provisional será incautada a los licitadores que «retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación» (art. 91.4).
- La finalidad de asegurar la seriedad de la oferta nos conduce a que la garantía provisional tenga carácter potestativo, de modo que sea el órgano de contratación el que decida si procede o no su exigencia. En todo caso, parece deseable que el órgano de contratación prevea la exigencia de garantía provisional en todo contrato, precisamente para revestir de seriedad a las ofertas o proposiciones.
- El importe de la garantía provisional vendrá determinado por el pliego y no excederá del 3 por 100 del presupuesto del contrato, pudiendo constituirse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 84.
- La garantía será devuelta a los licitadores no adjudicatarios una vez tenga lugar la adjudicación definitiva y se retiene al adjudicatario hasta constituir la garantía definitiva.
- El adjudicatario puede optar entre aplicar la garantía provisional a la definitiva o constituir esta última, en cuyo caso la provisional se cancela en el momento de constituirse la definitiva.

- Por último, indicar que la retirada injustificada de la proposición antes de la adjudicación se constituye como causa de prohibición para contratar con la Administración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 d).

A diferencia de lo que sucede con la garantía provisional, la definitiva tiene carácter preceptivo, del 5 por 100 del importe de adjudicación, IVA excluido, pudiendo destacar como aspectos más relevantes de su regulación los siguientes:

- La garantía definitiva no tiene por finalidad asegurar la seriedad de la oferta, sino la correcta ejecución del contrato (art. 88).
- Pese al carácter preceptivo u obligatorio de esta garantía, y fuera de los contratos de obras y de concesión de obras públicas, el órgano de contratación, atendiendo a las circunstancias del caso, puede eximir al adjudicatario de la constitución de garantía definitiva (art. 83.1, segundo párrafo).

Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la disposición final séptima de la Ley 30/2007, el precepto transcrito no constituye legislación básica, de suerte tal que las comunidades autónomas pueden regular la cuestión de modo distinto, pudiendo, por consiguiente, exigir la constitución de garantía definitiva en todo caso (sin exención de ninguna clase).

En cambio, entiendo que las comunidades autónomas no pueden excluir la garantía definitiva en todo contrato, ya que el párrafo primero del artículo 83.1 sí es legislación básica, estableciendo el carácter preceptivo de la garantía definitiva.

- En el pliego, el órgano de contratación puede fijar una garantía complementaria del 5 por 100 del importe de adjudicación, de modo que la garantía total alcance el 10 por 100 del importe del contrato.
- No han variado las formas de constitución de la garantía: efectivo o valores de la deuda pública, aval o contrato de seguro de caución.
- El artículo 86 prevé la constitución de una garantía global para todos los contratos que un mismo empresario celebre con una Administración, garantía global que habrá de constituirse mediante aval o caución.
- La ley configura a favor de la Administración un crédito singularmente privilegiado para el cobro de la garantía sobre cualquier otro acreedor, cualquiera que sea la naturaleza y el título del que derive su crédito.

2.2. Garantías en otros contratos del sector público.

El artículo 92 de la Ley 30/2007 establece las siguientes reglas para los contratos que celebren las entidades del sector público distintas de las Administraciones públicas:

- Tanto la garantía provisional como la definitiva se configuran con un carácter potestativo, de modo que el órgano de contratación decide si procede o no su exigibilidad.
- El importe lo fija el órgano de contratación, sin los límites establecidos en los artículos 83 y 91.
- El régimen de cancelación y devolución de la garantía será el establecido por el órgano de contratación, de modo que en el pliego puede fijarse una regla similar a la contenida en el artículo 91.4, de suerte tal que al adjudicatario que retire injustificadamente su oferta pueda serle (o incluso le sea) incautada la garantía provisional.
- No resulta de aplicación la preferencia en la ejecución de la garantía prevista en el artículo 89, toda vez que la misma aparece como una prerrogativa o privilegio de las Administraciones públicas. Por consiguiente, entendemos que una eventual cláusula del pliego que pretendiera establecer un crédito privilegiado a favor de la entidad contratante se tendrá por no puesta, habida cuenta de su carácter abusivo.
- Por lo demás, hemos de destacar que el licitador que retire injustificadamente la oferta antes de la adjudicación estará incurso en causa de prohibición para contratar con la Administración pública, no así con el resto de entidades del sector público. Llegamos a esta conclusión de que el licitador que retire injustificadamente su oferta antes de la adjudicación está incurso en causa de prohibición para contratar con una Administración pública con base en una lectura del artículo 49.2 de la Ley 30/2007, pues si en sus dos primeros supuestos se refiere a incumplimientos directamente relacionados con contratos con la Administración, en el resto omite, deliberadamente, que se trate de contratación con una Administración, pudiendo afectar también al resto del sector público.
- Las formas de constitución de la garantía son las establecidas en el artículo 84; no obstante, la garantía prestada en efectivo no se depositará en la Caja General de Depósitos, sino en la cuenta correspondiente a la entidad contratante.

3. Clasificación del contratista.

En línea de principio, el artículo 54.1 de la Ley 30/2007 exige la clasificación del contratista para contratar con las Administraciones Públicas «la ejecución de obras por importe igual o superior a 350.000 euros o de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros». El precepto supone una doble innovación respecto del artículo 25 del TRLCAP 2/2000:

1. Por un lado, la cuantía del presupuesto del contrato, a efectos de requerir clasificación del contratista, se ha elevado en el contrato de obras de 120.000 a 350.000 euros.
2. Por otro lado, comoquiera que la nueva regulación incluye dentro del contrato de servicios las figuras contractuales que la anterior regulación recogía bajo la modalidad de asistencia y consultoría, la Ley 30/2007 amplía los supuestos en que se exige clasificación del contratista.

No obstante lo expuesto hasta aquí, conviene indicar que la doble innovación que supone el artículo 54 de la ley queda ex lege en suspenso hasta que reglamentariamente se disponga su entrada en vigor, pues así lo ordena la disposición transitoria quinta de la ley, de modo que a través de una técnica de *vacatio legis* un tanto desconcertante se produce una deslegalización de la materia a favor del reglamento; por consiguiente, hasta que el reglamento de desarrollo de la ley no diga otra cosa, continúa en vigor el artículo 25 del TRLCAP 2/2000, lo que trae consigo dos consecuencias:

- 1.^a Los contratos de obras cuya cuantía exceda de 120.000 euros precisan de clasificación, aunque no alcancen la cuantía de los 350.000 euros.
- 2.^a Los contratos de asistencia y consultoría no requieren de clasificación, aunque excedan de 120.000 euros.

Por lo demás, el régimen de la clasificación puede sistematizarse del siguiente modo:

1. La competencia para otorgar la clasificación continúa recayendo en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuyas decisiones son recurribles en alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda.
2. La clasificación tiene una duración indefinida, a diferencia de lo que sucedía en la regulación de 2000. No obstante, el carácter indefinido de la clasificación es más teórico que real, pues está sometido a dos límites esenciales: por un lado, porque anualmente el empresario ha de justificar el mantenimiento de la solvencia económica y financiera, y, por otro, debido a que cada tres años haya de justificarse el mantenimiento de la solvencia técnica.
3. Las comunidades autónomas, a través de sus órganos competentes, pueden adoptar decisiones sobre clasificación de los empresarios, cuya eficacia estará limitada, por supuesto, al ámbito de contratación territorial de la propia comunidad y a las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a ella, así como a los contratos de las entidades locales de dichas comunidades autónomas (art. 57.2).
4. Las decisiones sobre clasificación adoptadas por los órganos competentes de las comunidades autónomas son eficaces en relación con la contratación llevada a cabo por las universidades públicas dependientes de la comunidad (disp. adic. octava de la Ley 30/2007).
5. Los contratistas, a propósito de su contratación con la Universidad Nacional de Educación a Distancia, habrán de tener, cuando proceda, la clasificación otorgada por la Junta Consultiva de Contratación, habida cuenta de que aquella depende de la Administración General del Estado.
6. En los contratos de investigación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Universidades, las universidades públicas adjudicatarias no necesitan de clasificación (disp. adic. novena de la Ley 30/2007).
7. Por lo demás, la clasificación será potestativa en los contratos celebrados con entidades del sector público que no sean Administración pública (art. 54.5).

Finalmente, se plantea el problema de averiguar qué sucede cuando, solicitada la clasificación, la Junta Consultiva de Contratación no resuelve y notifica la resolución en plazo, lo que conduce al siempre complejo asunto del silencio administrativo.

La Ley 30/2007 se ocupa del silencio exclusivamente en la disposición final octava, en cuyo apartado segundo se indica:

«En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para la resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la obligación de resolver.»

Siendo la clasificación un aspecto de la preparación del contrato, no resulta aplicable la regla del silencio negativo de la disposición final octava, párrafo segundo, sino la Ley 30/1992 (argumento del primer apartado de la disp. final octava de la Ley 30/2007) en cuyo artículo 43.2 se establece en línea de principio la regla del silencio positivo para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Por consiguiente, siendo positivo el silencio administrativo en materia de clasificación, la resolución posterior sólo podrá confirmar el sentido del silencio (art. 43.4 de la Ley 30/1992); todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el ya comentado artículo 59.2 de la Ley 30/2007.

4. Expediente de contratación: tramitación ordinaria, urgente y de emergencia.

Los artículos 93 a 97 de la Ley 30/2007 se ocupan de la regulación del expediente de contratación sin que existan novedades destacables en la materia. Continúa distinguiendo tres formas de tramitación del expediente: ordinaria, urgente y de emergencia.

4.1. Tramitación ordinaria.

Como regla general, la celebración de contratos por las Administraciones públicas requiere de la previa tramitación de un expediente iniciado por resolución motivada del órgano de contratación, expediente al que se incorporan los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como el certificado de existencia de crédito.

Cuando se trate de contratos menores, la tramitación del expediente sólo exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura al mismo; y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de la obra (art. 95). No obstante, ha de tenerse en cuenta que el apartado segundo del artículo 95 no es legislación básica (disp. final séptima) de modo que las comunidades autónomas pueden

prever otro régimen distinto. Todo ello en el buen entendido de que son contratos menores los de obras de hasta 50.000 euros y el resto de los contratos típicos de hasta 18.000 euros.

4.2. *Tramitación urgente.*

Del artículo 96 se deducen las siguientes características:

- Presupuesto necesario para acudir a esta clase de tramitación, como sucedía en la regulación anterior, es que la celebración del contrato responda a una necesidad inaplazable o que su adjudicación sea preciso acelerarla por razones de interés público.
- El expediente requiere incorporar una declaración motivada de urgencia.
- Carácter preferente de su tramitación: de ahí que los órganos que tengan que emitir informes en el procedimiento hayan de evacuarlos en el plazo de cinco días, días que se entienden naturales, toda vez que al no prever otra cosa la ley, resulta de aplicación la regla general que para el cómputo de los plazos establece la disposición final decimoquinta de la misma.
- Todos los plazos se reducen a la mitad, salvo el plazo que ha de transcurrir desde la adjudicación provisional a la definitiva, que se mantiene en quince días hábiles (excepción lógica, pues dicho plazo es el previsto para interponer el recurso especial del art. 37).
- La Administración puede acordar el inicio de la ejecución del contrato sin haberse formalizado éste, siempre que se haya constituido la garantía definitiva.
- El inicio en la ejecución de la obra no podrá ser superior a quince días hábiles desde la adjudicación definitiva.

Precisamente esta última regla (que se inicie la ejecución en los quince días hábiles siguientes a la adjudicación definitiva) justifica la excepción a la regla general de la prohibición de iniciar la ejecución del contrato sin formalización previa (art. 140.4) que hemos visto anteriormente en el artículo 96.2 c); es más, la ejecución del contrato sin formalización deviene en regla general cuando se trate de tramitación urgente del expediente, pues sólo iniciará la ejecución del contrato una vez formalizado cuando dicha iniciación tenga lugar en los cinco últimos días del plazo máximo fijado por el artículo 96.2 d) para el inicio de la ejecución (argumento que se deduce del art. 140.1, que establece un plazo de 10 días hábiles desde la adjudicación definitiva para formalizar el contrato).

4.3. *Tramitación de emergencia.*

El artículo 97 de la ley, al regular la tramitación de emergencia no contempla innovación alguna respecto del TRLCAP 2/2000. En efecto, los presupuestos para su aplicación siguen siendo situaciones de catástrofe, calamidad o defensa nacional, de modo que esta forma de tramitación del expe-

diente se convierte en ejemplo paradigmático de los llamados «reglamentos de necesidad», esto es, reglamentos *contra legem*, que permiten apartarse de la ley para mejor aplicar los principios que la presiden en situaciones excepcionales.

Este carácter excepcional permite al órgano de contratación iniciar la ejecución del contrato sin necesidad de tramitar expediente alguno, dando cuenta de las actuaciones al Consejo de Ministros en el plazo de 60 días naturales.

5. Pliegos de contratación.

El estudio de los pliegos de contratación exige distinguir los pliegos de cláusulas administrativas de los pliegos de prescripciones técnicas.

5.1. Pliegos administrativos.

Al igual que sucedía en los artículos 48 y siguientes del TRLCAP, la Ley 30/2007 distingue los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

Los primeros pueden ser aprobados por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y previo dictamen del Consejo de Estado; también las comunidades autónomas y las entidades locales pueden aprobar pliegos de cláusulas generales previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo análogo de dicha comunidad (art. 98).

Pues bien, la funcionalidad de los pliegos de cláusulas generales no es otra que la de homogeneizar la prestación de servicios para el conjunto de los órganos de contratación de la Administración, sirviendo de pauta a ésta en la elaboración de las prescripciones particulares del contrato de que se trate. Esa vocación de uniformar la contratación administrativa lleva a que la mayor parte de la doctrina entienda que, si bien es habitual la calificación de los indicados pliegos como *lex contractus*, carecen de toda fuerza normativa, pues su fuerza de obligar radica en su futura inclusión en el contenido del contrato. Dicha naturaleza contractual y no normativa de los pliegos hace que no innoven el ordenamiento jurídico, sino que se sometan a éste (de ahí que el art. 98.1 exija que los pliegos se sometan a los preceptos de la ley y de sus «disposiciones de desarrollo»).

Los pliegos de cláusulas particulares, tal y como indica el artículo 99, incluirán los pactos «definidores de los derechos y las obligaciones de las partes del contrato», serán aprobados por el órgano de contratación previo informe de la Junta Consultiva de Contratación (cuando se incluyan en él estipulaciones distintas de las contenidas en los Pliegos Generales) y, en todo caso, de la Abogacía del Estado (salvo que el pliego se ajuste a un modelo de pliego o pliego tipo ya informado por dicho servicio jurídico); y forman parte integrante del contrato, siendo dicha incorporación al contrato la base de la fuerza de obligar del pliego (art. 1091 del CC).

5.2. *Pliego de prescripciones técnicas.*

Las prescripciones técnicas que hayan de regir la realización de la prestación objeto del contrato han de constar en un pliego, que habrá de ser aprobado por el órgano de contratación antes de la licitación; el contenido del pliego se recoge con detalle en el artículo 101 de la ley.

Poco más hay que decir de estos pliegos, fuera de la posibilidad que tiene el Consejo de Ministros, a propuesta del departamento correspondiente y previo informe de la Junta Consultiva de Contratación, de establecer pliegos de prescripciones técnicas generales, cuya naturaleza es análoga a la de los pliegos de cláusulas administrativas generales, es decir, contractual y no reglamentaria.

6. Condiciones especiales de ejecución: la relevancia del artículo 102 en relación con la defensa de las personas con discapacidad.

Las normas de discriminación inversa son perfectamente posibles en un modelo de Estado Social como el que propugna la Constitución Española de 1978 en su artículo 1.º, siendo una herramienta básica en la consecución de esa igualdad real y efectiva de que habla el artículo 9.º 2 del texto constitucional, que viene a ser el punto de llegada del proceso democratizador.

El legislador ha sido consciente de la necesidad de avanzar, a través de dichas normas, en la construcción de un Estado de bienestar, de modo que alcance también a las personas que sufren alguna forma de discapacidad. Son ejemplos de esta clase de normas en defensa de las personas con discapacidad la reforma al Código Civil operada por la Ley de 18 de noviembre de 2003 (estableciendo la posibilidad de gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor del hijo o descendiente con discapacidad, siendo fiduciario el hijo o descendiente discapacitado y fideicomisarios sus coherederos forzosos; regla que supone un paso más en la supresión de la intangibilidad de la legítima); la Ley de Patrimonio Protegido de 18 de diciembre de 2003 (que pretende crear un conjunto de bienes y derechos cuyos rendimientos se apliquen a satisfacer las necesidades vitales del discapacitado); la Ley de Dependencia de 2006 y, en definitiva, la Convención de Naciones Unidas de Derechos de Personas con Discapacidad.

El legislador, al aprobar la Ley 30/2007, ha querido que la normativa contractual del sector público no quedase al margen de esta tendencia, fomentando de este modo que las empresas que contratan con la Administración cumplan unos mínimos en cuanto al acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad.

Así, el artículo 102 permite al órgano de contratación establecer «condiciones especiales» en relación con la ejecución del contrato, condiciones especiales referidas a «consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares en la inserción en el mercado laboral». Estas condiciones especiales de ejecución del contrato presentan las siguientes características:

- Su establecimiento, límites y contenido se dejan al prudente arbitrio del órgano de contratación, «siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario» (art. 102.1, primer inciso).
- En el pliego, al establecerse las condiciones especiales de ejecución, puede el órgano de contratación disponer penalidades en caso de incumplimiento o incluso atribuirles el carácter de obligación contractual esencial, en cuyo caso el incumplimiento de tales obligaciones dará lugar a la resolución del contrato.
- Cuando el pliego no califique como obligación esencial el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, el incumplimiento de éstas podrá ser considerado como infracción grave a los efectos de apreciar la prohibición para contratar con las Administraciones públicas prevista en el artículo 49.2 e) de la ley.

El artículo 102 ha de ponerse necesariamente en relación con la disposición adicional sexta de la ley, que establece la facultad de que en el pliego se haga constar la preferencia para la adjudicación de los contratos a los licitadores que en plantilla tengan contratados un 2 por 100 de personas con discapacidad, preferencia establecida sólo para el caso de que la proposición efectuada por aquéllos iguale a la más ventajosa.

Y decimos que deben ser puestas en relación ambas normas porque entendemos que son normas complementarias, pudiendo los pliegos recogerlas de forma cumulativa, de suerte tal que éstos prevean como condición especial que el adjudicatario del contrato asuma durante la ejecución del mismo la obligación (esencial) de tener en plantilla un 2 por 100 de personas con discapacidad; y, siendo así, su incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato.

En este punto, aceptando que la reforma ha supuesto un paso hacia delante en la defensa de este colectivo, se ha vuelto a quedar escasa, pudiendo haber optado por aplicar la preferencia de la disposición adicional sexta en todo contrato, sin necesidad de que lo establezca *ad hoc* el pliego, lo que, sin duda, sería más acorde al mandato constitucional del artículo 9.2. O, incluso, haber ido más allá, si ciertamente se hubiera querido fomentar la inserción laboral de este cada vez mayor colectivo, imponiendo, como requisito de solvencia de los licitadores, que en plantilla tuvieran un determinado porcentaje de personas con discapacidad, de modo que en caso de incumplimiento de esta condición quedaría el licitador excluido de la contratación.

III. PREPARACIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS POR PODERES ADJUDICADORES QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley 30/2007 dedica el Título II del Libro II a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas, título integrado por un solo precepto, el artículo 121, que no por ello debe ser considerado de menor importancia, pues contiene reglas esenciales.

El artículo 121 vuelve a establecer reglas distintas según estemos ante contratos SARA o contratos no sujetos a regulación armonizada.

Los contratos SARA celebrados por poderes adjudicadores distintos de las Administraciones Públicas no están, en principio, sujetos a las prescripciones establecidas en el Título I del Libro II; no obstante, han de contar con un pliego de prescripciones técnicas.

En el caso de contratos no SARA, el artículo 121.2 exige, cuando su cuantía exceda de 50.000 euros, un pliego de cláusulas particulares de las condiciones del contrato, pliego que lógicamente será parte integrante del mismo.

Resulta sorprendente que la ley exija pliego de cláusulas particulares a los contratos no SARA de cuantía superior a 50.000 euros, cuando parece no requerirlo en los contratos SARA que celebren los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas; y resulta sorprendente porque la dogmática de la ley conduce a exigir requisitos más rigurosos en la contratación SARA que en la no SARA.

Por ello entendemos que, aunque la ley no lo diga, también será necesario un pliego de cláusulas particulares en los contratos SARA de los poderes adjudicadores distintos de la Administración, conclusión a la que se llega tanto desde una interpretación sistemática de la norma cuanto desde las reglas más elementales del sentido común.

Por otro lado, no plantea duda alguna la no necesidad de pliego en el resto de contratos del sector público, sean estos contratos no SARA de cuantía no superior a 50.000 euros y celebrados por poderes adjudicadores, o sean contratos de las entidades del sector público que no tengan consideración de poder adjudicador (contratos no SARA, por definición) cualquiera que sea su cuantía.

IV. LA REVISIÓN DE LOS ACTOS DE PREPARACIÓN

La Ley 30/2007, siguiendo el modelo establecido en la Ley 30/1992, distingue dos formas de corregir, en vía administrativa, la invalidez de los actos de preparación y adjudicación de los contratos: la revisión de oficio y los recursos. En esta parte del trabajo también estudiaremos la revisión jurisdiccional de los actos de preparación y finalmente los problemas que plantea la impugnación, ya sea en vía administrativa ya sea en vía jurisdiccional, de la adjudicación definitiva.

1. Revisión de oficio.

La facultad de revisión de oficio de los contratos, como la revisión de oficio de todo acto administrativo, no deja de ser una excepción a la regla general según la cual son los tribunales quienes

controlan la legalidad de la actuación administrativa y, por este motivo, constituye una manifestación extrema del principio de autotutela de la Administración pública.

El artículo 34 de la Ley 30/2007 circunscribe la revisión de oficio a los actos de preparación y adjudicación (sea ésta provisional o definitiva) de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, así como a los actos separables de los contratos SARA; de modo que el ámbito de aplicación de las facultades revisoras en materia de contratación de nuevo viene delimitado subjetiva y objetivamente: subjetivamente, a todo contrato que celebre una Administración Pública (sea o no SARA), y objetivamente, a todo contrato SARA; o, dicho de otro modo, el artículo 34 se aplica a los contratos SARA, así como a los contratos no SARA, cuando el contratante sea una Administración pública, teniendo en cuenta que los contratos SARA sólo pueden ser llevados a cabo por las Administraciones públicas o por las entidades que ostenten la consideración de poder adjudicador.

La competencia para revisar de oficio el acto de preparación o adjudicación de un contrato celebrado por la Administración General del Estado recae en el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 34.2 de la Ley 30/2007. Es decir, que la revisión de oficio corresponde al propio órgano de contratación, regla que se separa del criterio competencial que establece la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE para la revisión de oficio de los actos administrativos (si el acto lo dictó el Ministro, la revisión es competencia del Consejo de Ministros; si lo dictó un Secretario de Estado, la competencia para revisarlo es del Ministro correspondiente), siguiendo la regla establecida en la Ley de Contratos de 2000 (en cuyo art. 64 se atribuía la competencia al «órgano de contratación»).

Por otro lado, cuando se trata de contratos SARA de un poder adjudicador distinto de la Administración Pública, las facultades de revisión de oficio recaen en el titular del Departamento al que esté adscrita la entidad contratante. Regla completamente lógica, ya que los poderes adjudicadores que no son Administración pública no dictan actos administrativos, de modo que es preciso crear un centro de imputación jurídico-administrativo a efectos de su ulterior impugnación contencioso-administrativa.

Mención especial, en materia de competencia, requiere el artículo 34.3 en su primer inciso:

«Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar.»

Se instaura así una delegación implícita y genérica de la competencia para recursos de oficio de un acto que ha sido dictado por delegación, lo que implica, qué duda cabe, un absoluto desconcierto desde el punto de vista conceptual.

Más desconcertante aún (si cabe) es el segundo inciso del artículo 34.3 que, no limitándose a excluir de la regla general de delegación implícita de la competencia para revisar de oficio el acto dictado por delegación, dispone que cuando de la declaración de nulidad derive una indemnización de daños y perjuicios al contratante será el órgano delegante quien deba acordar la indemnización (previa declaración de nulidad), sin que dicha facultad pueda ser delegada.

Las causas de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 32 y 33 no requieren un especial análisis, pues su enumeración es fiel reproducción de los establecidos en el TRLCAP 2/2000. No obstante, pueden plantearse problemas de interpretación a propósito de las prohibiciones para contratar, debido a la distinción que establece el artículo 49 entre las prohibiciones para contratar con la Administración pública y las prohibiciones para contratos con entidades del sector público que no lo sean. Ello por cuanto que el artículo 49.2 de la ley establece cinco casos de prohibición para contratar sólo aplicables a las Administraciones públicas, en tanto que el artículo 34 resulta de aplicación también a los contratos SARA celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administración pública y el artículo 32 establece como causa de nulidad estar incurso en «alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49».

Por ello, hemos de plantearnos qué sucede cuando el contratista incurso en causa de prohibición del artículo 49.2 contrata con un poder adjudicador que no sea Administración Pública en un contrato SARA. Aunque, en principio, una interpretación gramatical conduce a entender que ese acto es nulo; no obstante, más razonable es entender que no lo es, tanto por el carácter restrictivo que ha de aplicarse a la nulidad en el Derecho administrativo cuanto por el hecho de que el empresario incurso en causa de prohibición del artículo 49.2 puede contratar con una entidad del sector público que no sea Administración pública. Luego pudiendo contratar, no cabe entender que el acto fuera nulo, pues no vulnera norma imperativa alguna (art. 6.3 del CC).

Para terminar el análisis de la revisión de oficio, simplemente indicar que el procedimiento establecido en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992 resultan de aplicación a los contratos por disposición del artículo 34.1 de la Ley 30/2007:

1. En la revisión de oficio de actos nulos conviene destacar las siguientes reglas:
 - El procedimiento se inicia de oficio por propia iniciativa del órgano o a solicitud de interesado.
 - El órgano competente puede inadmitir a trámite la solicitud, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado cuando no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 32 de la Ley 30/2007 o carezca manifiestamente de fundamento.
 - El plazo para resolver es de tres meses, transcurrido el cual sin haber dictado resolución expresa se produce la caducidad (si se inició de oficio) o la desestimación presunta (a instancia de parte).
 - Se exige dictamen favorable del Consejo de Estado.
 - Ha de respetar los límites del artículo 106 de la Ley 30/1992.
2. La declaración de lesividad, como presupuesto de autoatribución de legitimación activa para interponer el recurso contencioso, sigue las reglas del artículo 103 de la Ley 30/1992:

- Ha de tratarse de un acto favorable para el interesado que sea anulable (es decir, que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder).
- Ha de ejercitarse en el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto.
- La resolución exige la previa audiencia del contratista.
- El plazo para resolver y notificar es de seis meses, produciéndose en otro caso la caducidad del expediente.

(Téngase en cuenta que producida la caducidad puede iniciarse un nuevo expediente de lesividad dentro del plazo de cuatro años desde que se dictó el acto cuya lesividad se pretende, surtiendo, en virtud del principio de conservación de actos y trámites, efectos todos los actos del expediente caducado, si bien habrá de darse nuevamente audiencia al contratista).

Para concluir el estudio de la revisión de oficio, hemos de indicar que la Ley 30/2007 no se ocupa de la revocación de los actos de preparación y adjudicación de los contratos, pudiéndonos plantear si cabe dicha posibilidad, a propósito de los celebrados por la Administración pública.

En línea de principio podemos afirmar que la supletoriedad de la Ley 30/1992, tanto para los contratos administrativos como para los privados celebrados por una Administración pública (arts. 19.2 y 20.2 de la Ley 30/2007), nos conduce a entender aplicable el régimen contenido en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, que como es sabido permite revocar los actos desfavorables o de gravamen.

Sucede en cambio que los actos de preparación y adjudicación del contrato son actos favorables, de modo que, en aplicación del citado artículo 105.1 de la Ley 30/1992, no serán susceptibles de revocación. No obstante, entendemos que la revocación del acto de preparación o adjudicación del contrato celebrado por una Administración pública es perfectamente posible, condicionándolo al previo reconocimiento y pago de una indemnización, lo que en la práctica convierte la revocación en actividad materialmente expropiatoria, siquiera a través de la figura de las expropiaciones virtuales (toda vez que implica la conversión del derecho o la expectativa en su valor pecuniario).

2. Recursos administrativos: recurso especial y recurso ordinario.

La Directiva CE 89/665 establece la necesidad de que transcurra un cierto periodo de espera entre la adjudicación del contrato y su celebración, decisión en absoluto caprichosa, pues permite a los licitadores impugnar las adjudicaciones en vía administrativa y sin esperar a un largo y costoso proceso judicial.

La necesidad de transposición de la citada directiva a nuestro Derecho interno, unida a la previsible condena al Reino de España por la inadecuada trasposición de la misma (que tuvo lugar con

la STJCE de 3 de abril de 2008) llevó al legislador a introducir el recurso especial del artículo 37 de la Ley 30/2007, recurso preceptivo y previo a la vía contencioso-administrativa que analizaremos más adelante.

Así las cosas, para un correcto enfoque de los recursos administrativos es necesario distinguir los contratos SARA de los no SARA y dentro de estos últimos será diferente el régimen según estemos ante contratos celebrados por la Administración pública o por entidades del sector público que no son Administración pública.

En efecto, el artículo 37 de la ley, al regular el recurso especial, se refiere exclusivamente a los contratos SARA, haya sido celebrado éste por una Administración pública o por otro poder adjudicador del sector público, no aplicándose el citado precepto para los contratos no SARA, cualquiera que sea la entidad del sector público que lo celebre.

2.1. *Recurso especial.*

El recurso especial presenta las siguientes características:

- Contratos a los que se aplica. Como acabamos de ver, el recurso especial se aplica a los contratos SARA, con independencia del sujeto que los celebre; teniendo en cuenta que sólo los poderes adjudicadores pueden celebrar contratos SARA, llegamos a la conclusión de que el recurso especial se aplica a los contratos SARA de las Administraciones públicas y de las entidades del sector público distintas de la Administración pública que sean poderes adjudicadores.
- Son susceptibles de recurso especial los actos de preparación y la adjudicación provisional de los contratos SARA (incluyendo pliegos, anuncio de licitación y actos de trámite cualificados), no siendo aplicable a la adjudicación definitiva.
- En cuanto a su naturaleza, el recurso es preceptivo y su resolución agota la vía administrativa, de suerte tal que contra ésta sólo cabe recurso contencioso-administrativo. Por otro lado, resulta ser un recurso (preceptivo) de reposición cuando el contratante es una Administración pública, en tanto que se asimila al recurso jerárquico impropio cuando la entidad contratante no es una Administración pública.
- Están legitimados activamente para su interposición los licitadores y todos aquellos cuyos derechos o intereses legítimos puedan estar afectados por el acto recurrido.
- La competencia para la resolución del recurso recae en la Administración General del Estado, en el órgano de contratación, regla completamente lógica desde el punto de vista práctico, sin perjuicio del desconcierto que genera la existencia de un recurso preceptivo del que conoce el órgano que dictó el acto.

Cuando se impugnan a través de este recurso actos de preparación o adjudicación provisional relativos a contratos SARA de poderes adjudicadores distintos de la Administración pública, la competencia para resolverlos recaerá en el titular del Departamento Ministerial de tutela; regla igualmente lógica, pues se trata de crear un centro de imputación jurídico-administrativa preciso para acudir a la vía contencioso-administrativa, pues una sociedad mercantil (por muy estatal que sea) no puede dictar un acto administrativo (entendiendo éste como el vehículo normal de canalización de la voluntad de todo órgano administrativo).

Al igual que sucede con la revisión de oficio y la declaración de lesividad, la competencia para resolver el recurso especial se entiende implícitamente delegada en caso de delegación para contratar, salvo cuando pueda llevar consigo una indemnización. La crítica al precepto es similar a la que hicimos respecto del artículo 34 de la ley y a ella nos remitimos.

- La tramitación del recurso no plantea problemas: se interpone en el plazo de diez días, concediendo cinco días al resto de interesados para formular alegaciones y resolviéndose en los cinco días siguientes, teniendo en cuenta que transcurridos 20 días sin resolver se entiende desestimado el recurso.

A tal efecto conviene hacer dos puntualizaciones:

- Por un lado, todos estos plazos se computan como días hábiles, frente a la regla general de la disposición adicional decimoquinta.
- Por otro lado, que el recurso contra la adjudicación provisional suspende la tramitación del expediente hasta su resolución expresa, lo que acarrearía no pocos problemas, fundamentalmente cuando se trate de poderes adjudicadores distintos de la Administración pública, ya que el órgano que resuelve el recurso, como vimos, es distinto del órgano de contratación.

2.2. Recursos ordinarios.

La Ley 30/2007 se ocupa exclusivamente del recurso especial, aplicable a los contratos SARA, no previendo recurso administrativo alguno contra los actos de preparación y adjudicación de contratos no SARA.

Ello no quiere decir que los actos separables de contratos no SARA devengan en irrecurribles, sino que simplemente siguen el régimen de la Ley 30/1992: recurso potestativo de reposición o impugnación en vía contencioso-administrativa.

El recurso de reposición se interpondrá, siendo el acto expreso, en el plazo de un mes ante el órgano que dictó el acto impugnado, a quien corresponde su resolución, teniendo como plazo máximo para resolver y notificar el de un mes, transcurrido el cual sin haber resuelto y notificado, se tendrá por desestimado el recurso (art. 117 de la Ley 30/1992).

3. Impugnación jurisdiccional: reparto competencial entre el orden jurisdiccional civil y el orden contencioso-administrativo.

A la hora de abordar la problemática de la impugnación jurisdiccional de los actos de preparación la ley exige de nuevo tener en cuenta tanto el ámbito subjetivo (Administración pública-poder adjudicador-demás entidades del sector público) como el objetivo (contratos SARA y no SARA); ello por cuanto que del artículo 21 de la Ley 30/2007 se desprende que el orden contencioso-administrativo será competente para conocer de los recursos contra los actos de preparación y adjudicación de los contratos (administrativos y privados) celebrados por la Administración pública, en tanto que el civil lo será para los actos de preparación y adjudicación de los contratos (privados, claro) del resto de las entidades que integran el sector público, en el buen entendido de que también conocerá el orden contencioso-administrativo de los actos separables cuando se trate de contratos SARA.

Por tanto, el orden contencioso-administrativo continúa conociendo de los actos separables en los contratos de las Administraciones públicas (sean privados o administrativos) y de los contratos SARA celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administración Pública (es decir, los del art. 3.º 3), en tanto que el orden civil conoce de las controversias relativas a preparación y adjudicación de los contratos no SARA, sean éstos celebrados por poderes adjudicadores distintos de la Administración pública o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

La atribución de competencia al orden civil de los actos separables de los contratos no SARA es sin duda innovadora en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo un paso más en el fenómeno de la privatización del Derecho público, planteando dudas al justiciable, así como un menor grado de seguridad jurídica, pues de tales controversias conocerá un órgano judicial común (el Juez civil) y no un órgano especializado en la materia (el Juez de lo contencioso-administrativo).

Por último, la atribución de competencias a la jurisdicción civil adquiere perfiles de mayor sutileza a propósito de los contratos celebrados por las entidades públicas empresariales. Como sabemos, tales entidades son Administración pública a efectos de la LOFAGE (arts. 1.º, 41 y 52) y de la Ley 30/1992 (art. 2.º 2), en tanto que de forma totalmente sorprendente la Ley 30/2007 lo excluye del concepto de Administración pública. Así, el artículo 3.º 2 establece en su inciso final que «no tendrán la consideración de Administración pública las entidades públicas empresariales estatales», de suerte tal que a efectos de contratación no son Administración pública.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que las entidades públicas empresariales serán poderes adjudicadores cuando reúnan los requisitos del artículo 3.3 b) de la ley, de modo que:

- Los contratos que celebren en el ejercicio de su actividad son contratos privados, toda vez que sólo pueden ser administrativos los celebrados por la Administración pública y las entidades públicas empresariales no lo son a los efectos de la Ley 30/2007.
- Se rigen por el Derecho privado en cuanto a los efectos y extinción, resolviendo el orden jurisdiccional civil las controversias que se susciten al efecto.

- Los actos de preparación y adjudicación se rigen por la Ley 30/2007 y la competencia para resolver las controversias que a tal efecto se susciten recae en el orden civil si se trata de contratos no SARA, o del orden contencioso-administrativo cuando se trate de contratos SARA.
- Cuando se trate de contratos SARA, será preceptivo el agotamiento de la vía administrativa a través del recurso especial del artículo 37.
- El problema aparece cuando se trata de contratos no SARA, donde se suscita la duda de saber si es preciso ejercitar reclamación administrativa previa a la vía civil, al amparo del artículo 120.1 de la Ley 30/1992.

Si bien, tanto el artículo 120.1 de la Ley 30/1992 como el artículo 403.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (inadmisión de la demanda cuando no se haya intentado las conciliaciones, requerimientos o reclamaciones exigidas en casos especiales) nos conducen a entender que como requisito de procedibilidad para acudir a la vía civil sería necesaria la reclamación previa, ello choca frontalmente con la intención evidente del legislador que, en el inciso final del artículo 3.2 de la Ley 30/2007, ha excluido del concepto de Administración pública, a efectos de aplicación de la ley, a las entidades públicas empresariales.

Mención especial requiere el caso del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), ya que la disposición final quinta de la Ley 30/2007 da nueva redacción al artículo 22.3 b) de la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, disponiendo que el ADIF ajustará su actividad contractual a las «normas establecidas para las Administraciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público».

Es destacable que dicha disposición final quinta tiene capital importancia, pues de no existir la misma al ADIF se le aplicarían las reglas establecidas para el resto de entidades públicas empresariales. En todo caso, caben dos interpretaciones de la tan mencionada disposición final quinta: bien entender que el ADIF, pese a ser EPE, es Administración pública a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público y por ello se le aplican las reglas de la ley para las Administraciones Públicas; bien entender que el ADIF no es Administración pública, como las demás EPEs, pero se le aplican las reglas previstas para las Administraciones públicas en la ley.

La discusión no es baladí, pero para lo que aquí interesa, resuélvase como se quiera la cuestión, no afecta para la competencia del orden contencioso-administrativo en cuanto a los actos de preparación y adjudicación, pues se le aplica en todo caso el artículo 21.1 de la Ley 30/2007 (los actos separables de contratos de las Administraciones públicas son competencia del orden contencioso en todo caso).

4. Excursus: inimpugnabilidad de la adjudicación definitiva.

Una de las innovaciones más significativas de la Ley de Contratos del Sector Público se encuentra en la distinción adjudicación provisional-adjudicación definitiva, lo que obliga a plantearnos la cuestión de la impugnación de la adjudicación definitiva.

Para ello, hemos de tomar como punto de partida obligado el hecho de que la adjudicación definitiva no es sino un acto meramente confirmatorio de la adjudicación provisional, toda vez que transcurrido el plazo indicado en el artículo 135 de la Ley 30/2007 sin que la adjudicación provisional haya sido impugnada automáticamente deviene aquélla en adjudicación definitiva (téngase en cuenta que la distinción encuentra su fundamento en la Directiva 89/665/CEE, que exige, como vimos anteriormente, un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración).

Aclarado lo anterior, hemos de indicar que en materia de recursos contra la adjudicación definitiva podemos sentar dos reglas:

- No cabe recurso especial del artículo 37 de la ley, toda vez que el mencionado precepto lo excluye deliberadamente.
- Siendo un acto que agota la vía administrativa, sigue las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico: recurso potestativo de reposición o impugnación en vía contencioso-administrativa.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio del artículo 28 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que obliga a distinguir dos hipótesis:

- Si el recurrente no interpuso recurso especial contra la adjudicación provisional, el recurso contencioso-administrativo contra la adjudicación definitiva será inadmisibile al ser la adjudicación definitiva acto confirmatorio de otro anterior consentido y firme por no haber sido recurrido en tiempo y forma.
- Si el recurrente interpuso recurso especial contra la adjudicación provisional, también procederá la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto contra la adjudicación definitiva, toda vez que ésta no deja de ser un acto de reproducción o confirmación del acto anterior, sin que pueda alegarse motivo alguno que no hubiera podido alegarse en una eventual impugnación de la adjudicación provisional (a igual conclusión la inadmisibilidad, llegamos por la vía de la excepción de cosa juzgada si, como decimos, la adjudicación provisional es idéntica a la definitiva).

Por consiguiente, a modo de conclusión, podemos decir que contra la adjudicación definitiva no cabe recurso alguno, ya que si bien formalmente sería susceptible de recurso de reposición o de recurso contencioso-administrativo, toda acción tendente a su impugnación está condenada al más absoluto de los fracasos.

Lo expuesto en este epígrafe requiere evidentemente algunas cautelas, particularmente las fundadas en el carácter no consentible de los actos nulos, de suerte tal que cuando la adjudicación provisional esté incurso en causa de nulidad de pleno derecho no podrá invocarse el artículo 28 de la LJCA para sostener la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra la adjudicación definitiva por tratarse de acto consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma.

V. RECAPITULACIÓN

Que el progreso oculta más que ilumina es algo conocido desde que Walter Benjamin lo enunciase. Probablemente ocurra eso con la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que presenta luces y sombras, incluso más sombras que luces. Malos tiempos para la lírica.

La labor del legislador en este caso ha sido compleja, pues supone un lenguaje nuevo, un lenguaje anglosajón, fuertemente enraizado en el acervo comunitario, mas ajeno por completo al usado en nuestras normas, lenguaje este último que responde al clásico modelo continental.

Quizá pueda decirse que la Ley de Contratos usa un lenguaje más de lo económico que de lo jurídico, siendo prueba de ello tanto el concepto de sector público que utiliza (importado de la LGP) cuanto la vocación expansiva que presenta, tratando de incluir dentro de las reglas de aplicación a todo contrato cuyo origen (presupuestario, claro está) se halle en los fondos públicos. Por eso es anglosajón, porque al igual que el parlamentarismo británico partió de la premisa de que sólo se estaba dispuesto a pagar aquellos impuestos que los representantes del pueblo hubiesen aceptado, la regulación de los contratos del sector público parte de la base de que, por mucha huida al Derecho privado que tenga la Administración, existe una Administración amplia que ha de someterse a los principios básicos de la economía de mercado (publicidad y concurrencia).

«En todo lo que se refiere a exigencias procedimentales, garantías para el licitador y preservación de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, nuestra legislación de contratos ha sido siempre equiparable a la europea, cuando no más estricta». No deja de causar sorpresa tamaña afirmación realizada por la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, cuando la jurisprudencia comunitaria ha condenado en cinco ocasiones a nuestro Estado a través de otros tantos recursos por incumplimiento, todo ello en los últimos años (2003-2008). Sirva este fragmento como prueba de que en las leyes (por muy extensas que sean, y ésta desde luego lo es) sólo deben mirarse dos cosas: la Exposición de Motivos para saber lo que la norma dice querer, y las disposiciones adicionales, finales y transitorias, para ver lo que la norma quiere decir.

En estas líneas hemos analizado cuestiones no exentas de polémica, como la atribución al orden jurisdiccional civil de los conflictos que se susciten a propósito de la preparación y adjudicación de contratos celebrados por entidades del sector público que no sean Administración pública (siempre que no sean contratos SARA), lo que supondrá obligar al Juez civil entrar a conocer cuestiones puramente administrativas; la delegación implícita para resolver tanto la revisión de oficio como el recurso especial cuando el órgano de contratación haya delegado la competencia para contratar, salvo cuando genere indemnización, en cuyo caso no sólo no hay delegación implícita, sino que la delegación queda vedada; el casuismo con que se tratan las prohibiciones para contratar, donde la distinción Administración pública-sector público que no sea Administración pública lleva al absurdo de calificar la prohibición para contratar con la Administración Pública a los licitadores que hayan retirado injustificadamente la oferta, licitadores que en cambio pueden contratar con las entidades del sector público distintos de la Administración pública, y otras tantas cuestiones que quedan en el tintero.

Demasiadas cosas quedan en manos de la labor de interpretación de la norma, hermenéutica más que nunca necesaria si no queremos que a esta ley le pase lo que a la cabeza de madera de la fábula de Fedro, que podía ser bella pero desgraciadamente le faltaba cerebro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ-OTERO, E., *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*, Ed. Dykinson, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vols., vol. I, 10.ª edición, Madrid, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Ed. Alianza Editorial, 1995.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, 4.ª edición, 2006.
- GARRIDO FALLA, F. *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, 3.ª edición, 2001.
- NIETO, A., *La nueva organización del desgobierno*, Ed. Ariel, 1996.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, 2 vols., Ed. Marcial Pons, 2005.
- SACRISTÁN, M., *El orden y el tiempo*, Ed. Trotta, 2005.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (traducción castellana y prólogo de Francisco Ayala), Ed. Revista de Derecho Privado, 1.ª edición, Madrid, 1994.
- *Legalidad y legitimidad*, Ed. Aguilar, 1971.
- *La defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos, 1.ª edición, Madrid, 1983.
- SCHWART, B., *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Ed. Cuadernos Civitas, 1980.
- TORRES FERNÁNDEZ, J.J. *et al.*, *Contratación administrativa*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2.ª edición, 2005.