

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. REGLAMENTO EJECUTIVO. ÓRGANOS COLEGIADOS. CONTRATO DE SERVICIOS	Núm. 63/2002
---------------------------	---	-----------------

Rosa FONTELA GUÍO
Profesora del CEF

• ENUNCIADO:

El presente supuesto reproduce el enunciado que se planteó como segundo ejercicio en la convocatoria del año 2002, para el acceso por promoción interna en el Cuerpo General Administrativo de la Administración General del Estado.

Con la finalidad del fomento y la protección de la cabaña nacional, la Ley 3337, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en una enmienda introducida en el Senado, estableció en el Capítulo IV del Título V una serie de preceptos tendentes a limitar los daños producidos en el sector con motivo de registrarse en nuestro país las consecuencias de los problemas de salud animal existentes en Gran Bretaña. Un determinado número de diputados y senadores de varios grupos parlamentarios entabló recurso de inconstitucionalidad.

Posteriormente se dicta el Real Decreto 4448, de desarrollo del referido capítulo, que es recurrido por dos de las asociaciones de ganaderos que habían participado en el procedimiento de elaboración del mismo mediante la emisión de varios informes y la evacuación de consultas. El Real Decreto establece que las ayudas para la reposición del ganado enfermo sacrificado se convocarán por Orden Ministerial que habrá de ser informada previamente por el Consejo Asesor Agropecuario, órgano colegiado del que forman parte representantes de las asociaciones y sindicatos de agricultores y ganaderos y la propia Administración. El día de la reunión dos de los miembros titulares designados por uno de los sindicatos no asisten, enviando éste a dos sustitutos.

El Ministerio publica la correspondiente Orden Ministerial 5559, de convocatoria de ayudas, con el informe favorable del referido Consejo. En la votación para la adopción de este acuerdo se abstiene uno de los Subdirectores Generales del Departamento, que, como tal, forma parte de los representantes de la Administración en el mismo. Las empresas solicitan las ayudas dentro del plazo hábil, comprobando el funcionario LJM, jefe del Servicio que ha de tramitar las propuestas, que la empresa «Cárnicas del Sudoeste», a la que prestó servicios de asesoramiento profesional un año y medio antes -debidamente compatibilizado y cuando estaba destinado en otro Departamento Ministerial- ha solicitado varias ayudas, por lo que estima que debe abstenerse de intervenir en el procedimiento y así lo comunica a su superior inmediato, quien resuelve lo procedente.

La Orden Ministerial 6660, resolviendo la convocatoria y concediendo las ayudas se publica en el Boletín Oficial del Estado (BOE), poniendo fin a la vía administrativa. Se interpo-

nen contra la misma diversos recursos contencioso-administrativos directamente y cuatro recursos potestativos de reposición, de los que tres se resuelven expresamente y uno por silencio administrativo.

El funcionario LJM, a fin de no tener que volverse a encontrar en una situación similar opta en concurso a una plaza en el Servicio de Contratación del Ministerio, que le es adjudicada. En él se le encarga que prepare la contratación mediante concurso por el procedimiento abierto, de una campaña publicitaria en los medios de comunicación para informar a la opinión pública acerca de las medidas adoptadas por el Departamento para hacer frente a los daños producidos en las cabañas porcina y bovina. Al concurso, por importe de 168.283,39 euros (28.000.000 de ptas.), se presentan cuatro ofertas, tres de las empresas «Medios y Comunicaciones, S.A.» (oferta A), «Consultora Albas, S.L.» (oferta B) y «Premisa, S.L.» (oferta C); la cuarta corresponde a una unión temporal de empresas constituida por la referida «Premisa, S.L.» y por «Prensa y Medios, S.A.» (oferta D). Todas ellas presentan la correspondiente garantía y están debidamente clasificadas.

Tras evaluar las ofertas y abrir en acto público los sobres con las proposiciones económicas, la Mesa de Contratación efectúa al órgano de contratación la propuesta de adjudicación correspondiente.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Qué número de diputados o senadores se precisa para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3337 y en qué plazo habrá de formularse? La admisión del recurso de inconstitucionalidad ¿suspende la vigencia y aplicación de la Ley 3337?
2. ¿Qué órgano será el competente para dictar el reglamento de desarrollo de la Ley 3337?
3. ¿Qué recurso cabe contra el Real Decreto 4448? ¿Estarían legitimados las dos asociaciones de ganaderos que se mencionan en el supuesto para interponer un recurso?
4. ¿Puede el sindicato representado en el Consejo Asesor Agropecuario sustituir a sus miembros titulares por otros?
5. ¿Puede uno de los Subdirectores Generales del Ministerio abstenerse en la votación del acuerdo sobre el informe de la Orden Ministerial 5559?
6. ¿En qué plazo y ante qué órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa se interpondrá el recurso contra la Orden Ministerial 6660?
7. ¿Es necesario para las empresas que se pretenden al concurso previsto en este supuesto práctico, estar en posesión de la correspondiente clasificación?
8. ¿Pueden aceptarse las dos ofertas en las que participa la empresa «Premisa, S.L.» en el concurso? ¿Qué tipo de garantía se ha exigido a las empresas para participar en el concurso? ¿Puede el órgano de contratación, al adjudicar el contrato, apartarse de la propuesta de la Mesa de Contratación?

• **SOLUCIÓN:**

1. Según el artículo 162.1 de la Constitución así como el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) están legitimados, junto con el Presidente del Gobierno y el Defensor del Pueblo, para interponer un recurso de inconstitucionalidad cuando se

trate de Estatutos de Autonomía y demás leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, Tratados Internacionales y reglamentos de las Cámaras y de la Cortes Generales, 50 diputados y 50 senadores. El recurso de inconstitucionalidad deberá formularse dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley mediante demanda que deberá presentarse ante el TC, en la que se debe hacer constar la identidad de la persona u órganos que ejercitan la acción, concretar la ley o disposición, en todo o en parte y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido (art. 33.1 LOTC).

En cuanto a la suspensión de la vigencia y aplicación de la ley, el artículo 30 de la LOTC es claro, al determinar que tanto la admisión de un recurso como de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley, salvo en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas.

El TC ha venido señalando que no se le han otorgado potestades para suspender leyes de las Cortes Generales y que por lo tanto carece de poderes implícitos que le permitan adoptar medidas que su propia ley reguladora no contempla. Así se ha manifestado en Autos 462/1985, de 4 de julio y 141/1989, de 14 de marzo.

2. El instrumento normativo para desarrollar los preceptos de una ley, también denominado reglamento ejecutivo, corresponde adoptarlo, según determina el artículo 5.º h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al Consejo de Ministros, que como órgano colegiado del Gobierno le corresponde «aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan». La forma que deberán adoptar estos reglamentos, a tenor del artículo 25 c) de la Ley 50/1997 será la de Real Decreto del Consejo de Ministros.

3. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), señala en su artículo 107.3 que «contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa», es por ello que el principal medio técnico de reacción activa frente a los reglamentos que se consideren ilegales viene constituido por los recursos contencioso-administrativos. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) encomienda expresamente a los Tribunales de dicha jurisdicción el conocimiento «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo y con las disposiciones generales de rango inferior a la ley» (art. 1.º LJCA). Esto quiere decir que una de las funciones específicas de la jurisdicción contencioso-administrativa es controlar la legalidad de los reglamentos y la de declarar, consecuentemente, la nulidad de los que estén afectados por algún vicio. Así lo declara expresamente el artículo 106.1 de la Constitución al declarar que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa».

El recurso contencioso-administrativo contra un reglamento, también llamado recurso directo, sólo puede intentarse dentro de un plazo muy breve (en los dos meses siguientes a la publicación del

reglamento) pasado el cual ya no es posible la impugnación directa. Si lo es, en cambio, sea cual fuere el tiempo transcurrido, la impugnación de los actos de aplicación del reglamento ilegal y la consiguiente del vicio que invalida el reglamento en cuestión. Esta posibilidad, ilimitada en el tiempo, no está condicionada, ni por la falta de utilización dentro de plazo del recurso directo ni por la suerte que hubiere podido correr éste.

De todo lo dicho anteriormente podemos concluir que el recurso que cabe contra el Real Decreto 4448 es un recurso contencioso-administrativo, y dado que se trata de un reglamento del Consejo de Ministros, el órgano competente para conocerlo será, a tenor de lo establecido en el artículo 12.1 a) de la LJCA, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

En cuanto a la legitimación de las dos asociaciones de ganaderos para interponer el recurso contencioso-administrativo, no habría ningún problema en reconocérsela ya que el artículo 19.1 b) de la LJCA habilita expresamente a «las corporaciones, asociaciones, grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos».

4. Antes de contestar a la pregunta de si podía el sindicato de agricultores sustituir a sus miembros titulares por otros es necesario hacer una breve anotación respecto a los órganos colegiados. La LRJAP y PAC estableció como novedad, un doble régimen jurídico de los órganos colegiados, distinguiéndose los órganos colegiados que podríamos denominar órganos colegiados comunes, del régimen de aquellos otros en que participan organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representantes de distintas Administraciones. El principal efecto de esta división es que mientras los órganos colegiados comunes integrados por autoridades y funcionarios de una misma Administración se integran en la estructura jerárquica de cada Administración, aquellas en que se insertan miembros con una representación de intereses no participan en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado (art. 22.2 LRJAP y PAC).

Hechas las precisiones anteriores, ya podemos decir que el órgano colegiado que se menciona en el supuesto, el Consejo Asesor Agropecuario, pertenece a la categoría de los órganos colegiados participados por organizaciones representativas de intereses sociales y para los cuales la LRJAP y PAC señala reglas especiales. Así y por lo que respecta a la sustitución que el sindicato hizo de dos de sus miembros titulares, enviando en su lugar a dos sustitutos, está plenamente facultado para ello siempre y cuando lo acredite ante la secretaría del órgano colegiado y lo haga con respeto a las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización (art. 24.3 LRJAP y PAC).

5. Según el artículo 24.1 c) de la LRJAP y PAC «no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados». Así pues el Subdirector General del Ministerio no podrá abstenerse en la votación, porque su participación en dicho órgano la tiene en función del cargo que ostenta. La justificación de dicha prohibición puede hallarse en el hecho de que cuando la condición de miembro de un órgano colegiado viene dada por el ejercicio de un determinado cargo o función, se entiende que tal miembro participa en dicho órgano en representación

del correspondiente organismo o institución por lo que se le puede exigir una más tajante definición de su posición en la adopción de acuerdos que la requerida a los miembros que lo son a título personal o individual.

6. Dado que la Orden Ministerial 6660 resolviendo la convocatoria y resolviendo las ayudas es un acto administrativo expreso y para ser eficaz necesitó de la publicación en el BOE, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será, a tenor del artículo 46.1 de la LJCA, el de dos meses contados desde el día siguiente a su publicación, siendo el órgano competente para su conocimiento la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [art. 11.1 apdo. a) LJCA].

7. Según el artículo 25.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), para poder contratar con las Administraciones Públicas, tanto la ejecución de contratos de obras como de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3 (a esta última categoría pertenece el contrato que se realiza en el supuesto) y siempre que el presupuesto, IVA excluido sea igual o superior a 120.202,42 euros (20.000.000 de ptas.) será requisito indispensable que el empresario haya obtenido la correspondiente clasificación. Como el presupuesto del contrato de servicios era de 168.283,39 euros (28.000.000 de ptas.), la clasificación era necesaria.

8. Respecto al hecho de que la empresa «Premisa, S.L.» haya realizado dos proposiciones simultáneas, una individualmente y otra formando parte de una unión temporal de empresas, constituye un supuesto expresamente prohibido por el artículo 80 del TRLCAP. La consecuencia de dicha infracción es la inadmisibilidad de ninguna de las propuestas suscritas por la empresa «Premisa, S.L.»; por lo tanto no deberán ser aceptadas ni la propuesta C ni la D.

Por lo que respecta al tipo de garantía que es necesario exigir a las empresas para poder participar en el concurso, hay que decir que se trata de una garantía provisional, que será necesario poner a disposición del correspondiente órgano de contratación por un importe del 2 por 100 del presupuesto del contrato, entendiéndose por tal el establecido por la Administración como base de la licitación, salvo en los supuestos en que no se haya hecho previa fijación del presupuesto, en los que se determinará por el órgano de contratación (art. 35 TRLCAP).

La garantía provisional responde del mantenimiento de las proposiciones presentadas hasta la adjudicación (se incautará a quien retire su oferta antes de la adjudicación) y hasta la formalización del contrato, la del adjudicatario. Esta garantía debe ser constituida por todos los licitadores que se presenten a procedimientos abiertos o restringidos de cuantía igual o superior a los umbrales correspondientes a cada contrato. Por lo que se refiere al contrato de servicios, la cuantía a tener en cuenta será de 139.312 euros (23.179.566 ptas.).

Por último y en cuanto a si el órgano de contratación al adjudicar el contrato, puede apartarse de la propuesta de la Mesa de Contratación, la respuesta es que sí, con la única condición de que se motive su decisión (art. 81 TRLCAP). También permite el TRLCAP, en su artículo 80, declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **Constitución Española, arts. 106, 161 y 162.**
- **Ley Orgánica 2/1979, (LOTC), arts. 30, 32 y 33.**
- **Ley 30/1992, (LRJAP y PAC), arts. 22, 24 y 107.**
- **Ley 50/1997 (del Gobierno), arts. 5.º y 25.**
- **Ley 29/1998, (LJCA), arts. 1.º, 11, 12, 19 y 46.**
- **RDLeg. 2/2000, (TRLCAP), arts. 25, 35, 80, 81 y 88.**