

Informe 20/97, de 14 de julio de 1997. Proyecto de orden por la que se dictan medidas complementarias y de transparencia en materia de contratación de obras públicas.

ANTECEDENTES

1. Por el Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Extremadura se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"Por los Servicios Técnicos de la Secretaría Técnica de esta Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Extremadura se redacta un proyecto de Orden por la que se pretende una mayor transparencia y seguridad en materia de contratación, en el ámbito exclusivo de obras contratadas por esta Consejería, consultado nuestro Gabinete Jurídico, nos surgen las siguientes cuestiones que sometemos a su consideración:

1. En cuanto a la subcontratación: no pretendiéndose regular relaciones de derecho privado, sino acogerse a lo que la nueva Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece en cuanto a que se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores al pago del precio en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los pactados entre el contratista y la Administración, ¿puede regularse un procedimiento de notificación y para controlar las condiciones en que se autoriza la subcontratación?.

2. Procedimiento de autorización: el Letrado de Gabinete Jurídico, hace hincapié en la improcedencia de la utilización del término "autorización"; si bien es cierto que dicho término no viene recogido expresamente en la Ley 13/1995, sí aparece implícitamente, según los técnicos redactores de la Orden, ya que la cláusula segunda apartado b) del artículo 116 de la Ley 13/1995 parece permitir la subcontratación en un porcentaje distinto del 50%, pero en ese caso será el Órgano de contratación, quien autorice el porcentaje de obra que el contratista contrate con terceros. ¿Procede, por tanto, establecer porcentajes diferentes situados entre la prohibición y el 50% máximo que establece la Ley?.

Así mismo, ¿Pueden establecerse condiciones a esa autorización?.

3. En cuanto a la cláusula quinta de la Orden "de la Junta Arbitral", se pretende su creación para evitar:

a) Abusos entre contratistas y subcontratistas.

b) Y un menor coste para resolver sus discrepancias, ¿teniendo en cuenta que la sumisión a dicha Junta Arbitral sería previa y voluntaria por las partes contratantes sería posible su constitución?

Se solicita que esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe en el más breve plazo posible de lo expuesto con anterioridad y de la Orden que se adjunta".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se adjunta al mismo el siguiente proyecto de Orden por la que se dictan medidas complementarias y de transparencia en materia de contratación de obras públicas.

"La Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Extremadura, establece en su artículo 7.1.3) que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de Obras Públicas de interés para la Comunidad Autónoma dentro de su propio territorio. En base a dicho precepto y en relación con la regulación que con carácter de legislación básica establece el Título VI de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas que lleva por rúbrica "De la Cesión de los Contratos y de la Subcontratación", se considera necesario establecer una serie de reglas que deberán ser observadas por el Organo de Contratación a fin de garantizar los derechos de las partes contratantes.

En este sentido y en virtud del artículo 7.1.29) del Estatuto de Autonomía, según redacción dada por la Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, se dictan las instrucciones siguientes, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones básicas contenidas en los artículos 115 y 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo objetivo es el establecimiento del procedimiento de autorización para la subcontratación y la organización propia en esta materia:

PRIMERA.- DE LA CUANTÍA DE LA SUBCONTRATACION.

El contratista deberá notificar, para su autorización por la Administración el subcontrato, dentro del mes inmediatamente anterior a la celebración del mismo, que en ningún caso podrá exceder del 50% del presupuesto del contrato; salvo que en el cuadro de característica del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establezca otro porcentaje distinto.

SEGUNDA.- DEL CONTENIDO DE LA NOTIFICACIÓN Y SUS DOCUMENTOS.

1.- La notificación se dirigirá al Organo de Contratación y en ella se hará constar:

1.1. *Solicitud de autorización.*

1.2. *Empresa o empresas subcontratistas.*

1.3. *Objeto a subcontratar con indicación de las unidades de obra afectadas por la misma.*

1.4. *Cuantía Económica de la subcontratación; así como la determinación de su porcentaje.*

1.5. *Indicación de los plazos y condiciones en que el contratista se obliga a abonar a los subcontratistas y suministradores el precio pactado, que en ningún caso serán más desfavorables que los establecidos entre el contratista y la Administración.*

2. *La notificación irá acompañada de los siguientes documentos:*

2.1. *La empresa adjudicataria de la obra remitirá al Organo de Contratación copia del contrato a suscribir entre contrata y subcontrata.*

2.2. *Escrito en el que se manifieste de forma inequívoca que el contratista y subcontratista en el supuesto de que existan discrepancias o cuestiones litigiosas, surgidas como consecuencia de la subcontratación se someterán a la decisión de la Junta Arbitral que se crea a estos efectos. Dicho documento irá suscrito por ambas partes.*

TERCERA. - DE LA AUTORIZACIÓN DE LA SUBCONTRATACION.

Examinada la documentación presentada y cumpliendo los requisitos expresados en el apartado anterior la Administración, en el plazo de 15 días naturales, autorizará la subcontratación.

Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya resuelto y siempre que el objeto de la subcontratación haya sido definido por el contratista en su oferta se entenderá estimada la solicitud. En caso contrario se entenderá desestimada.

En cualquier caso para que la autorización, expresa o tácita, sea válida ante la Administración, el contrato firmado entre la empresa adjudicataria de las obras y el subcontratista deberá ser idéntico a la copia presentada en la solicitud y tras su firma remitido a la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

CUARTA. DEL LIBRO DE REGISTRO DE SUBCONTRATACION

La empresa adjudicataria llevará un "libro de registro de subcontratación" que será facilitado y diligenciado por el Servicio al que estén adscritas las obras, se abrirá en la fecha de inicio de las mismas y en él constarán todas las relaciones de medios materiales, personales o auxiliares de tipo contractual, escritas o verbales, que se efectúen en relación con dichas obras. Este libro se encontrará en la oficina de obra a disposición del Director de las mismas y le será puesto de manifiesto a su requerimiento. El referido libro podrá llevarse en soporte informático si así se autoriza por la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

Las Direcciones de obra podrán exigir, en cualquier momento, a la empresa adjudicataria la acreditación de la relación contractual de todas las personas o medios materiales o auxiliares que se encuentren en la obra.

QUINTA.- DE LA JUNTA ARBITRAL

Se crea la Junta Arbitral de Subcontratación de la Consejería de Obras Públicas y Transportes cuya organización y funcionamiento se adecuará a las normas vigentes de carácter estatal.

1. Corresponde a la Junta Arbitral de Subcontratación las siguientes funciones:

a) Resolver, con los efectos prevenidos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con la subcontratación. Estarán excluidas de la competencia de la Junta las controversias de carácter laboral o penal.

b) Informar y dictaminar, a petición de la Administración o de las personas que justifiquen un interés legítimo, sobre las condiciones de cumplimiento de los subcontratos, las incidencias derivadas de dicha ejecución y los usos de comercio de observancia general.

c) Solicitar informes y peritaciones a fin de garantizar la resolución de la controversia.

d) Las demás funciones que, para facilitar el cumplimiento de los subcontratos y proteger los intereses de las partes, le sean expresamente atribuidas por la legislación vigente.

2. La Junta Arbitral de Subcontratación estará compuesta por un Presidente y dos Vocales, todos ellos licenciados en Derecho y serán designados por el titular de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, que también podrá revocar su nombramiento. Igualmente forma parte de la Junta Arbitral un Secretario que tendrá voz pero no voto.

El Presidente será designado entre personal de la Consejería de Obras Públicas.

Una de las Vocalías será nombrada a propuesta de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Provincia en la que se encuentren las obras. Si se trata de obras que abarcan ambas provincias la propuesta se hará por aquélla en la que se ejecute la mayor parte de la obra.

La otra Vocalía será nombrada a propuesta de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Provincia en la que se encuentren las obras. Si se trata de obras que abarcan ambas provincias la propuesta se hará por aquélla en la que se ejecute la mayor parte de la obra.

La otra Vocalía será nombrada a propuesta conjunta de las Asociaciones de Empresarios de la Construcción.

El titular de la Consejería designará, asimismo, al Secretario de la Junta Arbitral entre personal de la misma, adscribiéndose a la Secretaría de la Junta Arbitral el personal auxiliar que resulte necesario para su eficaz funcionamiento.

Podrán ser designados, además, miembros suplentes tanto del Presidente como de los Vocales y Secretario de la Junta Arbitral de Subcontratación.

3. El laudo arbitral tendrá carácter obligatorio y vinculante para las partes sometidas al dictamen de la Junta Arbitral de acuerdo con lo dispuesto en la Ley estatal de arbitraje.

4. El procedimiento arbitral en lo no previsto en esta Orden se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto en la Ley estatal de arbitraje.

SEXTA. DEL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en la presente Orden; así como, la subcontratación celebrada sin la autorización previa de la Consejería de Obras Públicas y Transportes podrá ser causa de resolución del contrato suscrito entre ésta Consejería y la empresa adjudicataria.

SÉPTIMA. DE LOS PLIEGOS

En los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares se incluirá el contenido de la presente Orden.

OCTAVA. DE LA COMISIÓN DE INVERSIONES.

Bajo la presidencia del Secretario General Técnico y compuesta por los Directores Generales y los Jefes de los Servicios competentes en la materia se constituye la Comisión de Inversiones de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

La Comisión tendrá como función la programación anual de las inversiones y la elaboración de un anuncio indicativo por el que se harán a conocer las características básicas de los contratos de obras que la Consejería tenga proyectado celebrar ese año, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación. Este anuncio se publicará en el Diario Oficial de Extremadura, es orientativo y no vincula a la Administración, ni crea derecho alguno en favor de terceros.

NOVENA. DEL REGISTRO DE CONTRATOS

La Secretaría General Técnica a través del Servicio de Normativa y Control llevará un registro de todos los contratos celebrados en la Consejería. Para el funcionamiento del Registro de Contratos se contará con la colaboración de la Comisión de Inversiones y la Intervención Delegada.

En el Registro se anotarán:

- 1. Número y descripción de los contratos efectuados a lo largo del ejercicio.*
- 2. Importe económico de la adjudicación inicial, modificaciones y obras complementarias.*
- 3. Adjudicatarios y unidad administrativa a la que corresponda la obra.*
- 4. Incidencias producidas a lo largo del contrato, tales como prórrogas penales, retrasos en las obras no imputables al contratista, suspensión de obras, resoluciones de contratos; así como cualquier otra que pueda surgir durante la ejecución del contrato.*

Anualmente el Servicio de Normativa y Control elaborará un informe sobre la calidad de las obras realizadas por cada una de las empresas adjudicatarias durante ese año.

DÉCIMA. DE LA SUBASTA

Se recomienda la utilización de la adjudicación mediante subasta en las obras que por su complejidad técnica u organizativa, o la calidad y el grado de definición de las soluciones técnicas sea más aconsejable.

UNDÉCIMA. DEL CONCURSO.

En los Concursos se potenciará la calidad en la redacción de los proyectos, de forma que se generalice la licitación sin variantes, adjudicándose por tanto al proyecto base definido por la Administración.

DUODÉCIMA. DE LA OFICINA DE SUPERVISIÓN DE PROYECTOS

Se instrumentará mediante los mecanismos precisos la independencia funcional de la oficina de supervisión de proyectos respecto de los órganos materiales ejecutores de las obras”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Para emitir el informe solicitado por el Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Extremadura hay que comenzar por precisar que la cuestión fundamental sobre la que debe pronunciarse esta Junta es la de si el proyecto de Orden aborda y regula aspectos que según la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas merecen o no la consideración de básicos a efectos del artículo 149.1.18ª de la Constitución, lo que, a su vez, requiere realizar el examen de la regulación de este aspecto en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La disposición final primera, apartado 1, de la citada Ley de Contratos de Administraciones Públicas consagra la distinción entre normas básicas y no básicas al señalar que la presente Ley constituye legislación básica sobre contratos administrativos dictada al amparo del artículo 149-1-18ª de la Constitución y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1, salvo los siguientes artículos o parte de los mismos que serán de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas. Por su parte la disposición final tercera de la propia Ley añade que las normas que, en desarrollo de esta Ley promulgue la Administración General del Estado podrán tener carácter de básicas cuando constituyan el complemento necesario de dicho carácter respecto de los artículos

que lo tienen atribuido conforme a la disposición final primera y así se señale en la propia norma de desarrollo.

Resulta así que de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas se deduce que las Comunidades Autónomas, en este caso la Junta de Extremadura, solo pueden establecer regulaciones distintas a las establecidas en la propia Ley y normas de desarrollo, cuando se trate de preceptos no básicos, lo que lleva a examinar el carácter del precepto o preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que trata de desarrollar el proyecto de Orden de la Junta de Extremadura y el contenido concreto de este último.

2. El artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas bajo la rúbrica de subcontratación establece como requisitos para que el adjudicatario pueda concertar con terceros la realización parcial del contrato, es decir, subcontratar, entre otros, en su apartado 2 a) que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista y solo exige autorización expresa del órgano de contratación para la subcontratación en los contratos de carácter secreto o reservado o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y en su apartado 2 c) que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en los plazos y condiciones que no sea más desfavorables que los establecidos en el artículo 100.4 para las relaciones entre Administración y contratista.

El artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe considerarse como precepto básico a efectos de su aplicación por Comunidades Autónomas y Entidades locales al no figurar mencionado en ninguno de los guiones de la disposición final primera, apartado 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que al establecer el proyecto de Orden de la Junta de Extremadura la necesaria autorización para la subcontratación, sin que se trate de contratos secretos, reservados, acompañados de medidas de seguridad especiales o que afecten a los intereses esenciales de la seguridad del Estado, está estableciendo un requisito distinto al del artículo 116 2 a) que solo impone la obligación de dar conocimiento por escrito de la subcontratación a la Administración, por lo que esta regulación de la Junta de Extremadura contradice la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en un aspecto considerado como básico y, en consecuencia, debe ser informado desfavorablemente.

Lo mismo debe afirmarse en relación con la constitución y funciones de la Junta arbitral a la que los contratistas y subcontratistas deben someter la decisión de las discrepancias o cuestiones litigiosas surgidas como consecuencia de la subcontratación a que se refieren el apartado 2.2 de la norma segunda y la norma quinta del proyecto de Orden de la Junta de Extremadura que se examina, pues sin estar prevista esta posibilidad en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la

regulación de la Orden de la Junta de Extremadura se encuentra en contradicción con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en un aspecto básico, que, además, como veremos a continuación, puede ser contraria a la Constitución española por abordar cuestiones de índole civil o mercantil y procesal.

3. La introducción en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del precepto contenido en el artículo 116.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo al pago de contratistas a subcontratistas, no ha alterado la naturaleza jurídica de la relación existente entre ambos, naturaleza civil regida por el Derecho privado, con la simple adición del precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni tampoco ha alterado el orden jurisdiccional competente para conocer controversias o cuestiones litigiosas entre contratistas y subcontratistas, que seguirá siendo el orden jurisdiccional civil y no el contencioso administrativo.

Por ello, el proyecto de Orden de la Junta de Extremadura no puede regular la creación y la intervención de una Junta Arbitral en las relaciones entre contratistas y subcontratistas sin que ello suponga una ingerencia en relaciones de derecho privado y encontrarse, por tanto, en contradicción con el artículo 149.1 reglas 6ª y 8ª de la Constitución que atribuyen al Estado competencia exclusiva sobre la legislación mercantil, legislación procesal y legislación civil.

4. Rechazada por no ser competencia de la Junta de Extremadura la regulación de la autorización para la subcontratistas que afectan a la casi totalidad del proyecto, resta por examinar el contenido de las normas octava, novena, décima, undécima y duodécima del proyecto, respecto de las cuales puede afirmarse que no contradicen preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pero que, por su generalidad quizá sean insuficientes para justificar la promulgación de una Orden de la Junta de Extremadura, teniendo en cuenta que las normas reseñadas se limitan a aspectos organizativos de la contratación y al desarrollo genérico de principios ya incorporados a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el proyecto de Orden de la Junta de Extremadura por la que se dictan medidas complementarias y de transparencia en materia de contratación de obras públicas, en cuanto establece el requisito de la autorización para la subcontratación y crea una Junta arbitral para resolver cuestiones entre contratistas y subcontratistas, está en contradicción con el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que tiene el carácter de norma básica y en el segundo aspecto, además, puede considerarse que infringe el artículo 149.1, reglas 6ª y 8ª de la Constitución en cuanto atribuyen competencia exclusiva al Estado en las materias de legislación mercantil, procesal y civil