

La Contratación en la nueva Ley de Régimen Local

Iniciamos el estudio de las novedades que contiene la nueva Ley de Régimen Local de 1950, en materia de contratos, por la consideración de sus artículos 308 y 309, en los que se aborda un problema que hasta ahora no ha logrado una solución adecuada, ni una expresión clara y concreta. Nos referimos a la caracterización de los diversos procedimientos licitatorios. ¿Qué es una subasta?; ¿qué es un concurso?; a esta pregunta, en apariencia tan sencilla, no pueden darnos una respuesta exacta, ni los precedentes reglamentarios del nuevo Código local, ni la jurisprudencia que se ha producido en torno a la cuestión. Precisaré, no obstante, examinar todos estos antecedentes antes de comentar las soluciones de la nueva Ley.

Doctrinalmente, la subasta se diferencia del concurso, de modo fundamental, en que en la primera, la adjudicación es automática, a favor de la proposición económicamente más favorable; y en el segundo, el remate se produce de modo discrecional, pudiendo la Corporación contratante apreciar libremente la mayor conveniencia, atendiendo a diversos factores, distintos de la mera ventaja expresada en dinero (1). Legalmente, la cuestión no aparece

(1) «... En la subasta... la Administración queda obligada a adjudicar... al mejor postor, dentro del tipo mínimo señalado en el pliego de condiciones, en tanto que en el concurso la Administración, en uso de sus facultades discrecionales amplísimas, puede aceptar la proposición que estime más conveniente a los intereses públicos, aunque no resulte la más ventajosa en cuanto al precio ofrecido, y hasta rechazarlas todas». DELGADO Y MARTÍN (Eleuterio): *Contratos Administrativos*. Madrid, 1899, pág. 47.—«Cuando la aceptación es automática, en el sentido de que la preferencia tiene que establecerse en relación con el mejor postor, se produce la

tan clara. Refiriéndonos, de modo concreto, a la materia municipal, veremos que, según el art. 17 del Reglamento de 2 de julio de 1924, en la subasta se producirá la «*adjudicación* definitiva del remate a favor del autor de la proposición más *ventajosa...*»; mientras que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 del propio cuerpo legal, «celebrado el concurso, la Corporación contratante acordará respecto a las proposiciones presentadas, *eligiendo*, previos los informes que considere oportunos, la que estime más *conveniente...*» En sutilísimos matices de ambos artículos, se encuentra la distinción. Entre «ventaja» y «conveniencia», aunque gramaticalmente resultan casi sinónimos, parece apreciarse, en el uso administrativo, que el primer vocablo entraña un contenido económico, y el segundo, una motivación circunstancial. Comparando «adjudicar» y «elegir», observaremos que en este último término semeja existir una razón indeterminada de preferencia; mientras que cuando se utiliza el otro verbo, el proceso diferenciador ha de efectuarse mediante un juicio—etimológicamente procede la palabra del latín *ad* y *judicare* (juzgar)—basado en la aplicación de normas a las que hay que ajustarse preceptivamente.

A ello añadamos que, en la subasta, según la regla 11.ª del art. 14 del Reglamento de 1924, la mayor ventaja ha de ofrecer una manifestación concreta y clara, que permita calibrarla a simple vista, sin ulterior estudio, por su mera expresión, y por ello establece el indicado precepto, para cuando se produzca empate, un procedimiento automático discriminatorio, debiendo lograrse el desequilibrio económico de las ofertas coincidentes mediante pujas a la llana, y aun por sorteo. En el concurso, en cambio, para precisar la razón de conveniencia, prevé el art. 36 del Reglamento citado un mecanismo en el que juega la opinión personal, el criterio subjetivo; es decir, un trámite informativo dilatorio que elimina, necesariamente, toda posibilidad de automatismo.

Todo esto, como vemos, no es demasiado claro, no es demasiado concreto. Ahora bien, si pasamos a la jurisprudencia, obser-

subasta; si la Administración se reserva el derecho de aceptar libremente alguna proposición, o de rechazarlas todas, se trata del concurso». FERNÁNDEZ DE VELASCO (Recaredo): *Los Contratos Administrativos*. Madrid, 1927, pág. 109.

varemos cómo la cuestión se complica mucho más. Mientras no salgamos del ámbito del concurso, no habrá dificultad, y la jurisprudencia coincidirá con el criterio doctrinal; su postura será rigurosamente ortodoxa. «Pertenece a la potestad discrecional de los Ayuntamientos—dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1930—aceptar o rechazar, en los concursos que celebren, las proposiciones presentadas por los concursantes que acudan dentro de las condiciones de la convocatoria, como reconoce el art. 36 del Reglamento para la contratación municipal al disponer en su último párrafo que, celebrado aquél, la Corporación contratante, previos los informes oportunos, elegirá la proposición que estime más conveniente, con arreglo a las condiciones estipuladas»; y ello no es más que la ratificación de un viejo criterio jurisprudencial, expresado entre otros en los Autos de 7 de octubre de 1892, 7 de julio de 1898 y 4 de enero de 1908; y las Sentencias de 21 de junio de 1897 y 17 de junio de 1899.

Pero al referirse a la subasta, la cosa cambia. La jurisprudencia se extravía por rumbos que desdibujan totalmente las características de la institución, como advertimos, por ejemplo, en la Sentencia de 29 de diciembre de 1933. Según la misma «conforme al art. 17 del Reglamento, llegado que sea el trámite de adjudicación definitiva, la Administración procede siempre con *plena facultad discrecional* para apreciar, *según su libre criterio* cual sea... la proposición más ventajosa...»; y con ello coincide la Sentencia de 29 de octubre de 1932—que afirma, además, que su doctrina «no es más que una ratificación de lo que constantemente viene estableciendo el Tribunal»—, las de 20 de julio de 1930, 28 de diciembre de 1933 y muchas otras.

II. Y sin embargo, la diferenciación entre subasta y concurso, por práctica ininterrumpida, por virtud de los apuntados preceptos reglamentarios, por ineludible consecuencia de la aplicación del conjunto de normas rituarías en vigor, por la misma naturaleza de las instituciones, no es otra cosa, no puede ser otra, que la que se desprende de las notas esenciales de automatismo y discrecionalidad. Había, pues, llegado el momento de precisarlo de modo inequívoco, y así ha querido hacerlo la nueva ley de Régimen Local, en sus arts. 308 y 309; pero quizá no utilizó la vía

más adecuada para ello. En vez de emplear las expresiones indicadas—automatismo y discrecionalidad—tan claras, tan expresivas, tan poco propicias a confusiones; queriendo al parecer decir lo mismo, derivó por otros caminos bastante menos explícitos. Según las disposiciones indicadas, en la subasta sólo entrará en juego el precio, y no podrán tomarse en cuenta otras circunstancias, modalidades o garantías; todo lo demás quedará reservado para el concurso y el concurso-subasta. Con ello, sin duda, al no poder atenderse más que a un solo factor, creía la ley que el automatismo habría de operar forzosamente, quedando eliminada de la licitación todo género de discrecionalidad.

Pero esto no es así. La ley habla de precio, mas ha olvidado hacer constar que ese precio haya de ser precisamente único; por lo tanto, si se convoca subasta con precios múltiples, al producirse diversas ofertas, puede indudablemente darse el caso de que una de ellas, más ventajosa en ciertos tipos, esté neutralizada por otra de mayor beneficio en los demás, y esto ofrecerá complejidad más grande cuanto mayor sea el número de las proposiciones, haciéndose imposible, de ese modo, todo automatismo, y teniendo que derivarse, necesariamente, a una solución de carácter discrecional.

Agréguese a lo dicho, que el precio, aunque resulte único, puede ofrecer grandes dificultades para estimarse a simple vista y permitir una adjudicación automática; porque el precio no ha de ser, necesariamente, dinerario, sino que puede ofrecer otras manifestaciones. El criterio vulgar, y aun gramatical, que entiende por precio «el valor de una cosa expresado en dinero», no es exacto en la ciencia económica, ni en la jurídica; en una y en otra, el precio puede fijarse en cualquier instrumento de cambio, no pecuniario; y el art. 1446 del Código Civil (2) es una buena justificación de nuestro aserto. Prácticamente, en la vida contractual de las entidades locales, se ofrecen numerosos casos de prestaciones cuyo precio no es monetario: el contratista de limpieza que sólo recibe en cambio de sus servicios los residuos utilizables para abo-

(2) «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa...».

no ; el de un derribo, a quien se paga, únicamente, con los materiales del mismo, etc.

Por ello, según nuestro parecer, al laudable intento del art. 308 de la Ley de Régimen Local, de ofrecernos una caracterización adecuada del primero de los procedimientos licitatorios, le han faltado dos puntualizaciones: la de determinar que la adjudicación en la subasta será siempre automática, y el hacer constar que el precio será necesariamente único, y se expresará siempre en dinero.

III. Concretamente sobre el concurso, encontramos en la ley de 1950 tres distintas innovaciones, que vamos a considerar por separado :

A) El art. 309, en su número primero, nos dice que «podrán los concursantes proponer condiciones para la mejor realización de la obra o servicio». Con ello se reconoce que el clásico principio de la adhesión en los contratos administrativos, no es absoluto, ni mucho menos. Esto no es una novedad ; ha sido frecuente, al amparo del núm. 2 del art. 123 de la Ley Municipal de 1935, convocar concursos que se limitaban a solicitar iniciativas, en vez de entregar a la licitación proyectos preparados de antemano ; y, por otra parte, en los contratos por gestión directa, la Administración se ha puesto siempre en contacto con los particulares sin formalidad alguna, y en un plan de igualdad y discusión. Pero, a pesar de ello, resulta sumamente acertado que se concrete en la ley la indicada situación.

B) Es sabido, a pesar de no haber sido expresamente declarado, que en el concurso no puede existir adjudicación provisional, por resultar dicho trámite incompatible con la naturaleza de ese procedimiento licitatorio. Precisábamos esto en otro trabajo nuestro (3) diciendo que el Ayuntamiento, según el art. 36 del Reglamento de 1924, debía resolver en esa modalidad, «no en virtud de una simple propuesta—que esto es, en resumen, la adjudicación provisional—sino de un conjunto de informes que, como es natural, han de aportarse al expediente después del acto de apertura

(3) Véase en nuestra obra *Los Contratos Municipales*. Valencia, 1944, pág. 222.

de pliegos, y, por ello, como la base para determinar la mayor o menor ventaja de las distintas proposiciones han de ser dichos informes, al carecerse de ellos en aquel acto, ni habría posibilidad de proponer acertadamente, ni la propuesta—si se produjese—serviría para nada, pues los posteriores informes habrían de prevalecer sobre la misma. Por ello, puede afirmarse que en el acto del concurso no existe una licitación propiamente dicha, sino una mera apertura de pliegos sin trascendencia jurídica».

Ahora bien, la nueva ley de Régimen Local, en el núm. 2 de su art. 315, dispone que la adjudicación de los concursos, que realizará la Autoridad o Corporación respectiva, «será *provisional* cuando por Ley se requiera aprobación superior». Estimamos que este precepto ha de resultar inoperante porque, a nuestro juicio, no existen términos hábiles, después de consumado todo el trámite contractual, para que pueda producirse esa intervención superior. Lo normal es que la Corporación interesada, antes de ponerse en vías licitatorias, se coloque en condiciones de capacidad para llevar a cabo el contrato de que se trate. Resultaría abusivo movilizar un conjunto de concursantes, ocasionar gastos a ellos y a la propia Corporación, perder un tiempo considerable, para que resultase, en el último momento, que el contrato no era viable por no aprobarlo la Superioridad. No recordamos ningún contrato en materia municipal—no decimos que no lo haya—que exija una aprobación tutelar del concurso después de realizado el mismo. Los más importantes que tenemos presentes—los de obras (art. 132), las municipalizaciones (art. 169), la enajenación de bienes (art. 189), operaciones de crédito (art. 754)—determinan intervenciones tutelares que, o por declaración expresa de la ley, o por la propia naturaleza de la intervención, deben producirse, necesariamente, con anterioridad al acto licitatorio y aun al mero anuncio del mismo. Es opinión nuestra, que el futuro Reglamento debiera puntualizar el precepto que comentamos estableciendo, expresamente, que ninguna Corporación local pueda anunciar una licitación sin haber logrado, de antemano, las autorizaciones legalmente necesarias para la validez del contrato.

C) El núm. 2 del propio art. 315 que venimos estudiando, termina sus referencias al concurso haciendo constar que, en el

mismo, «los proponentes podrán pedir aclaraciones en el acto de apertura de pliegos». ¿Qué significa esto?; ¿a qué extremos habrán de contraerse esas aclaraciones?; ¿quizá a los proyectos y a las condiciones de licitación, que durante veinte días pudieron estudiar los interesados, consultando, si lo estimaban conveniente, lo que pudiera haber dudoso? Creemos que esto sería desnaturalizar totalmente el contenido del acto en cuestión; siendo evidente, por otra parte, que la Mesa del concurso, ni tiene la preparación adecuada para resolver problemas técnicos, ni tiempo ni elementos para abordar los de tipo jurídico. Si lo que ha querido decirse es que los licitadores podrán formular protestas u observaciones por irregularidades en el trámite de apertura de pliegos, vale la pena de que ello sea debidamente determinado, para evitar discusiones ociosas e intromisiones perturbatorias.

IV. Dicho esto, llegamos a ocuparnos de la máxima novedad del código local que comentamos. Nos referimos a lo que su art. 309, en el núm. 2, denomina concurso-subasta. ¿En qué forma debemos entender el contenido de esa peculiar formulación de los procedimientos contractuales? Se trata, según dispone el precepto indicado, de un sistema licitatorio que permitirá tomar en consideración «además del precio, otras modalidades o garantías que, sin perjuicio de cumplir las condiciones del pliego, propongan u ofrezcan determinados concursantes». ¿Qué significa esto?; ¿cómo lo relacionaremos con el núm. 1 del propio artículo, que poco más o menos dice lo mismo?

Lo único evidente y cierto es que en ambas fórmulas—concurso y concurso-subasta—podrán entrar en juego una pluralidad de elementos, al conjunto de los cuales habrá que atender para determinar la mayor o menor ventaja para la Administración; esto es lo esencial. Las diferencias son sutiles, casi impalpables: en el simple concurso, al parecer, las aportaciones de los particulares serán espontáneas y afectarán a las condiciones; mientras que en el concurso-subasta, girarán sobre exigencias de la propia Administración, y se referirán a modalidades y garantías. Las garantías son condiciones del contrato; un proyecto—modalidad técnica—se expresa en un pliego de «condiciones», técnicas también.

Todo esto, si atendemos exclusivamente a la letra de la ley. Veamos si podemos conseguir mayores precisiones considerando precedentes de significación análoga. El art. 61 del Reglamento de Viviendas Protegidas de 8 de septiembre de 1939 podrá quizás orientarnos. Refiriéndose el mismo a la que denomina «subasta restringida» dice que «en estos casos los proponentes presentarán dos sobres cerrados, uno que contenga las referencias técnicas y económicas del concursante, y otro conteniendo la propuesta económica para la obra ; se abrirán primero los sobres de la referencia y se escogerán las propuestas que ofrezcan las debidas garantías de solvencia, con informe razonado... ; los sobres que contengan las propuestas económicas de concurrentes no escogidos se destruirán ante Notario, abriéndose inmediatamente ante él las propuestas económicas de los seleccionados y adjudicando la obra a la más económica».

Posiblemente será algo parecido lo que ha querido expresar el núm. 2 del art. 309 de la repetida Ley de 1950. Intentemos ahora su crítica. En un concurso-subasta planteado de este modo el fallo resultará, de hecho, necesariamente discrecional, a pesar del segundo período aparentemente automático, porque ese segundo período quedará totalmente supeditado a la resultancia del primero, en el cual, la apreciación de las circunstancias alegadas, se llevará a cabo por la Corporación interesada en condiciones de absoluta libertad, que podrá alcanzar hasta la eliminación de todos los concursantes menos uno, frustrando de ese modo el posterior automatismo ; y si ello es así, no valió la pena, a nuestro juicio, de crear una modalidad de contenido impreciso, que pudiera quizás producir una zona de confusión en materia tan delicada y en que tan necesaria es la máxima claridad.

Si en resumen ha de prevalecer la voluntad discrecional de la Corporación, resultará que la modalidad licitatoria que comentamos, cualquiera que sea la denominación que se utilice, no será más que un concurso puro y simplemente. Y es que entre éste y la subasta no pueden existir situaciones intermedias ; sólo puede haber dos sistemas, porque sólo puede haber dos soluciones : automatismo o discrecionalidad ; es decir, subasta o concurso. Con el procedimiento mixto a que nos referimos se estará, de hecho, en

aquel caso de concurso en que, por la naturaleza especial del contrato, se exigen garantías y condiciones especiales a los contratistas, que fué regulado por el núm. 3.º del art. 123 de la Ley Municipal de 1935.

V. Las circunstancias que determinan excepciones del procedimiento general licitatorio, es decir, aquellas condiciones cuya existencia precisa para que, omitiendo la subasta, pueda celebrarse un concurso, o llevarse a cabo un contrato por gestión directa, aparecen reguladas en los arts. 310 y 311 de la nueva ley. En términos generales, se sigue en los mismos, casi literalmente, la pauta establecida por los arts. 123 y 125 de la Ley Municipal de 1935, directamente entroncados a través del Estatuto de 1924, con los arts. 51 y 52 de la Ley de Contabilidad del Estado de 1911. Estudiaremos las variantes que contiene la ley de 1950.

A) Con referencia al concurso, encontramos una diferencia fundamental. «Se celebrarán por medio de concurso—decía el art. 123 de la Ley de 1935—los contratos siguientes...» El art. 310 del texto reciente, dice de este modo: «*podrán* celebrarse por concurso... los contratos siguientes...» La distinción es patente: de una forma imperativa, se pasa a otra permisiva; en la antigua ley, siempre que se presentaba alguna de las circunstancias enumeradas en el citado art. 123, el concurso era preceptivo, y no podía tramitarse el contrato mediante subasta; en lo sucesivo, ante un caso comprendido en el referido art. 310, podrá optar la Corporación entre la subasta y el Concurso.

Comparando los repetidos artículos de ambas leyes, observaremos que la nueva repite casi literalmente los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la antigua; suprime el 5.º de la misma, y lo sustituye por un caso distinto.

La supresión afecta a las operaciones de la Deuda, y a las dos subastas declaradas desiertas, circunstancias éstas que el texto de 1935 duplicaba, incluyéndolas simultáneamente entre los casos de concurso y los de gestión directa, con las consiguientes dificultades interpretatorias. Ahora, estas situaciones, cuando se produzcan, sólo podrán originar la contratación directa; y, por tanto, quedan incluidas tan sólo en el art. 311. También se suprime la urgencia, de la motivación del concurso; antes, encontrábamos en

ella la misma duplicidad, y resultaba absurdo, cuando la premura era la determinante de la excepción, que pudiera seguirse un trámite siempre largo y complejo, a pesar de que podía reducirse a la mitad.

La ley de 1950, en el núm. 5 de su art. 310, incluye entre los justificantes del concurso nuevas modalidades: las concesiones y las municipalizaciones en empresa mixta; a lo que habremos de añadir el arrendamiento, por determinarlo así el art. 162 del mismo cuerpo legal.

B) Con referencia a la gestión directa, el art. 311 mantiene la tónica general del 125 de la Ley de 1935. Uno y otro utilizan la misma declaración permisiva—«*podrán* ser concertados directamente o realizados por administración...»—enumerando, seguidamente, los casos autorizados. Persisten en la nueva ley—con redacción semejante y escasas variantes de detalle—los señalados en el texto antiguo con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º. El 4.º, en el que la excepción se determina por la cuantía de la obra o del servicio, experimenta ahora dos importantes y acertadas modificaciones: en primer lugar, se elevan los topes mínimos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas actuales, aumentándose los grados de la escala establecida (seis topes en vez de cuatro; lo cual concede mayor elasticidad a la contratación de las grandes Corporaciones); y, además de esto, las bases de población que en dichas escalas utilizaba la ley de 1935, se sustituyen por otras fundadas en la cuantía presupuestaria, que es más clara expresión de la potencialidad económica, y permite ajustar fácilmente a sus variaciones los procedimientos de gestión.

Digamos ahora, que tampoco en la ley nueva se ha advertido una contradicción patente, que viene del Estatuto de 1924. Dice el art. 749 de la ley de 1950 que en la contratación de empréstitos, cuando deba realizarse la negociación por venta firme de valores, esto se habrá de ejecutar, precisamente, mediante subasta; y si dicha negociación se lleva a cabo por suscripción pública asegurada, la elección del Banco que garantice la emisión se realizará, también ineludiblemente, por concurso. Es decir, que en una y otra modalidad queda terminante proscrito el concierto directo. Y sin embargo, el art. 310 de la misma ley, al hablar de las opera-

ciones de Deuda, en general, y de la negociación de efectos en particular, autoriza a las Corporaciones a proceder por gestión directa cuando no quieran utilizar la subasta; mientras que, al parecer, el art. 310 no admite que un empréstito pueda concertarse mediante concurso, puesto que se ha suprimido del propio artículo lo que disponía el núm. 5.º del art. 123 de la antigua Ley Municipal, que expresamente lo autorizaba.

VI. No estará de más que, para terminar, dediquemos una rápida ojeada a determinados particulares, que bien hubiera podido tener encaje en el texto legal que comentamos. En el mismo, se regula únicamente el contrato en función adjetiva. El título II de su Libro III contiene, sencillamente, un conjunto de normas rituarías, al igual que todos sus precedentes.

Creemos que se debió iniciar una puntualización de enfoque sustantivo, dando estado legal a determinados principios generales que, consagrados ya por una jurisprudencia copiosa, parecía llegado el momento de recogerlos y ordenarlos en formulaciones adecuadas, evitando la prolongación de la situación actual de confusión, en la cual, por desconocimiento, es vulnerado con frecuencia el espíritu de la contratación administrativa. Esto, completado con la regulación de ciertas modalidades típicamente administrativas—concesión, concierto, suministro, empresa mixta y otras—en cuyo planteamiento procedemos aún a tientas, atendiendo a analogías y a preceptos fragmentarios y contradictorios, hubiera significado, indudablemente, una fructífera labor, que todavía pudiera ser acometida en un futuro Reglamento.

FERNANDO ALBI