

Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Presidente de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias se dirige con fecha 13 de febrero de 2009, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«La Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) introduce novedades en el régimen jurídico de los contratos patrimoniales de las entidades locales, pues quedan excluidos de su ámbito de aplicación (artículo 4.1. letra p LCSP), aunque si regula la competencia de los órganos de contratación para estos contratos (Disposición Adicional 2ª LCSP), lo que produce dudas en nuestras entidades locales en cuanto al régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local.

Por todo ello se solicita, con carácter general, informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por las entidades locales de Aragón (adquisición de bienes, aprovechamiento y explotación, enajenación); y en particular sobre los siguientes aspectos:

- a) Aplicación de las normas de capacidad y solvencia de la LCSP y de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP a los contratos patrimoniales de las entidades locales.*
- b) Aplicación del régimen de garantías de la LCSP a los contratos patrimoniales de las entidades locales.*
- c) Si es necesario realizar adjudicación provisional en los contratos patrimoniales.*
- d) Si es posible a través de la figura del contrato menor adjudicar contratos patrimoniales, y si en este caso también es necesario distinguir entre adjudicación provisional y definitiva».*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 15 de abril de 2009, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Sr. Presidente de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias (FAMCP) es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. La exclusión de los contratos patrimoniales de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público (LCSP).

En primer lugar conviene manifestar que la exclusión de los contratos patrimoniales de la LCSP debe ubicarse en el marco de las importantes modificaciones que está conociendo, en los últimos años, el ordenamiento jurídico del Derecho de los bienes públicos. La Constitución española reconoció la existencia de cuatro categorías de bienes públicos —el dominio público, los

bienes comunales, el patrimonio nacional y los bienes patrimoniales— en el artículo 132.

Pues bien, desde ese reconocimiento constitucional, ha tenido lugar un proceso de alteración normativa en la que, por hacer referencia únicamente a los últimos años, destacan: la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas; la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General; la Ley 13/2003, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas y, finalmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Este proceso de alteración normativa obedece, fundamentalmente, a la necesidad de establecer un régimen jurídico de los bienes más dúctil y flexible que permita la adaptación del mismo a la realidad de la práctica administrativa actual. Es en este sentido en el que hay que interpretar el artículo 4.1, apartados o) y p) de la LCSP, mediante el que se excluye de su ámbito objetivo de aplicación los contratos patrimoniales.

Este propósito de eliminar la rigidez del régimen jurídico de los bienes públicos —régimen, por otra parte, desfasado— encuentra serias dificultades que derivan de la supervivencia de la clásica diferenciación de los bienes en función de que pertenezcan al dominio público, los destinados a un uso o servicio público; o sean bienes patrimoniales, los que sirven a los fines de la Administración pero que no se destinan a uso público ni a servicio público.

Como señala el Sr. Presidente de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, el artículo 4.1 p) LCSP excluye de su ámbito objetivo de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles,

valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial.

Es decir, se excluye del ámbito de aplicación de la LCSP a los denominados «*contratos patrimoniales*». En el ámbito local se ha venido entendiendo como contratos patrimoniales aquellos contratos que tenían como objeto bienes que servían a los fines de las Entidades Locales pero que no se destinaban a un uso público ni a un servicio público, ni eran bienes comunales. Los artículos 171 de la Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón y 4 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón enumeran además, expresamente, entre los bienes de propios a las parcelas sobrantes no susceptibles por sí de un uso adecuado y a los bienes no utilizables (criterio enumerativo) y establecen la presunción de bien patrimonial cuando no conste la afectación de un bien a un uso o servicio público o su naturaleza comunal (criterio finalista o residual).

Sin embargo, en la actualidad, y conforme al artículo 4.1 p) y o) de la LCSP —que es exigencia del Derecho Comunitario, en particular de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo (considerando 24) en cuanto considera que los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes, revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuada aplicar a esos contratos las «*normas de adjudicación*» de la Directiva— por «*contratos patrimoniales*» hay que entender aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas. Es decir se trata de un concepto más amplio en el que se integran tanto aquellos contratos que tienen como objeto bienes que servían a los fines de las Entidades Locales pero que no se destinaban a un

uso público ni a un servicio público, como aquellos otros que tienen por finalidad la adquisición de bienes que resulten necesarios a los fines de las entidades locales, como a título de ejemplo los de interés histórico o artístico.

Sobre la exclusión de estos contratos se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 25/08, de 29 de enero de 2009 y, en el ámbito autonómico, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, mediante Dictamen 481/2008, de 3 de julio de 2008. De conformidad con los pronunciamientos de estos órganos consultivos debe advertirse, con carácter general, que la exclusión de estos contratos de la LCSP en modo alguno es absoluta; primero porque la Disposición Adicional Segunda de la propia LCSP contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y segundo porque, de conformidad con el artículo 4.2 LCSP, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

De lo expuesto se deduce que los contratos patrimoniales se rigen por la propia LCSP, en su Disposición Adicional segunda; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) en los aspectos que la Disposición Final segunda califica de carácter general, o de carácter básico; las demás normas, tanto de la Ley 33/2003, como de la propia Ley 30/2007, en lo que pudieran resultar aplicables con carácter supletorio.

En principio todo contrato ha de reunir los requisitos, según las normas de derecho privado, de consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca, conforme al artículo 1261 y siguientes del Código Civil; y específicamente respecto de cada tipo de contrato patrimonial, han de cumplirse, además, los requisitos que para el mismo exija la legislación de patrimonial y la de régimen local.

En este sentido la Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón, en su artículo 174 (referente a la adquisición de bienes) establece que *«la adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de las normas sobre contratación»*; en el artículo 184 (referente a la utilización de los bienes patrimoniales) dispone que *«el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se regirán por la normativa reguladora de la contratación»*. En el mismo sentido el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, contiene diversas referencias a la aplicación de la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas en relación con el régimen jurídico de los bienes patrimoniales (artículos 17.1; 83.1; 86.1; 100.1). Sin embargo es necesario señalar que en la medida en que los contratos patrimoniales, con carácter general, han sido excluidos de la aplicación de la LCSP, estos reenvíos resultan en la práctica carentes de efectividad.

III. Aplicación de las normas de capacidad y solvencia de la LCSP y de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP a los contratos patrimoniales de las entidades locales.

El artículo 43 LCSP establece que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Como es tradicional en la legislación de contratos, a diferencia de lo que sucede respecto de los requisitos referidos a la solvencia y a la ausencia de prohibiciones, la LCSP no regula el requisito de la capacidad de obrar de los licitadores, que se rige por las normas generales de Derecho común. De

manera que las normas de capacidad de obrar en los contratos patrimoniales, al igual que en el resto de los contratos del sector público, son las propias de los ordenamientos civil y mercantil.

En cuanto a la aplicación de las normas referidas a las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP, que no son sino impedimentos, establecidos y previstos en la ley que impiden la participación de determinada persona, física o jurídica, pública o privada, en el procedimiento para la adjudicación de un contrato; hay que señalar, conforme al Informe 25/08, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que

«la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas contiene diversas referencias que en su promulgación se complementan con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que como indicamos deben entenderse hoy hechas a la Ley de Contratos del Sector Público y que hoy conservan su vigencia en tanto forman parte del contexto normativo de aquella. El artículo 94 determina que en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el 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, referencia que ha de entenderse hecha a la Ley de Contratos del Sector Público y en concreto a su artículo 49. El artículo 110 cuando dispone que los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas, texto coincidente con el del artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que confronta con el del artículo 4.1, letra p), de la Ley de Contratos del Sector Público que no prevé el sometimiento a esta de aquellas cuestiones que no se regulan en la Ley de Patrimonio, pero que por vía de lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo cabe la posibilidad de continuar la aplicación cuando dispone que para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse se aplicarán los principios de esta Ley, consideración que aunque no se vincula a una norma concreta no impide encontrar en su articulado, como normas que como señala el artículo 1 tienen por objeto garantizar la aplicación de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos con la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

Es cierto que no es pacífica esta interpretación desde el punto de vista de la doctrina jurídica, en cuanto las prohibiciones de contratar deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas como tales en la Ley. Incluso hay quien defiende en este punto la existencia de una «*reserva de Ley*», puesto que cualquier disposición reglamentaria o de otro nivel que prohibiera el acceso al sistema de contratación pública podría considerarse que vulnera el contenido de los artículos 38 y 53 de la Constitución.

También es cierto que las prohibiciones de contratar, en el ámbito de la contratación pública, han tenido la naturaleza de «*disposiciones comunes*», esto es, disposiciones que afectan a todos y cada uno de los contratos públicos y, en ciertos supuestos, a todas y cada una de las entidades del sector público obligadas a respetar los procedimientos de contratación, con independencia de sus tipologías, finalidades o cuantías. Y ello es así en atención a que la finalidad objetiva de las disposiciones que regulan las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas desde diversos puntos de vista (incumplimiento de la legislación en materia de subvenciones, de la legislación fiscal o laboral, de las normas sobre incompatibilidades etc.), participen en el sistema de contratación pública y, en particular, accedan a la condición de contratista en relación con algún ente público.

En otro orden de cosas, en el régimen jurídico de los bienes patrimoniales siempre fueron de aplicación, por remisión, las normas sobre prohibición de contratar de la legislación de contratos del Estado, no sólo porque no existía una disociación entre contratos patrimoniales y contratación administrativa sino, fundamentalmente, porque se consideraba que las normas que regulaban las prohibiciones de contratar eran «*normas de carácter general*». En este sentido el artículo 70 del Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio de Estado, es claro al respecto cuando disponía que:

«Están facultades para concertar con la Administración contratos para la explotación de los bienes patrimoniales del Estado las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que hallándose en plena posesión de sus capacidades jurídica y de obrar, asistidos en su caso de los medios legalmente previstos para suplir su falta, no estén comprendidas en algunos de los casos de excepción señalados por la legislación general de contratos del Estado»

Una interpretación distinta, señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, podría llevar a una conclusión absurda como es que una persona física o jurídica que conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley de Contratos del Sector Público se encontrase en una situación de prohibición de contratar, por una interpretación literalista o rigurosa del artículo 4.1, letra p), podrían sin límite ser adjudicatario de un contrato patrimonial al no aplicarse tal Ley, situación que no se producía durante la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al aplicarse la misma a tales supuestos. Es evidente que tal no ha sido nunca la voluntad del legislador del régimen patrimonial de los bienes de las Administraciones Públicas del Estado.

Sin embargo, lo cierto es que existe una exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales en la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, y en consecuencia no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. El legislador ha modificado el régimen jurídico de los contratos patrimoniales (opción adoptada igualmente por Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra). Los contratos patrimoniales en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ex artículo 5.3 TRLCAP, se encontraban en el ámbito objetivo de su aplicación en cuanto a su preparación y adjudicación; pero ahora deben estar únicamente a lo que disponga la legislación patrimonial, que nada dice de la aplicación a estos contratos de las causas de

prohibición para contratar, de manera que es de aplicación el aforismo jurídico «*lex posterior derogat anterior*».

En este contexto debe advertirse que el artículo 107 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas —norma de directa aplicación— establece que:

«1. Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.

2. Las bases del correspondiente concurso o las condiciones de la explotación de los bienes patrimoniales se someterán a previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

3. Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán en la forma prevenida en el artículo 113 de esta Ley y se registrarán por las normas de Derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley».

Es decir, debe estarse a las normas del derecho privado caracterizadas por la libertad de pactos sin que sea de aplicación directa la LCSP en lo relativo a normas de capacidad ni a las prohibiciones de contratar.

No obstante el artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales, dispone que:

«La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- a. Eficiencia y economía en su gestión.*
- b. Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c. Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d. Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*

- e. *Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes».*

De manera que es posible argumentar, sobre la base de los referidos principios del artículo 8 LPAP que no existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación.

No se oculta sin embargo, en buena técnica normativa, que hubiera sido conveniente la inclusión en la LCSP de una disposición transitoria que clarificará el régimen jurídico de los contratos patrimoniales hasta la aprobación de la normativa autonómica de desarrollo de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

IV. Aplicación del régimen de garantías de la LCSP a los contratos patrimoniales de las entidades locales.

Del examen de las disposiciones específicas de los contratos patrimoniales de las Entidades Locales se deduce que entre las mismas no existe prescripción alguna sobre el régimen de garantías que deba aplicarse. Ni tampoco en las disposiciones generales reguladoras de las Entidades Locales (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, Texto Refundido de las disposiciones locales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón; Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de

Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) contienen previsión alguna sobre la garantía a constituir en los contratos patrimoniales.

Es cierto que el artículo 129 del Reglamento para la Ley del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, disponía, al regular la enajenación de bienes inmuebles, que para tomar parte en cualquier subasta era indispensable consignar o depositar el 20 por 100 de la cantidad que debía servir de tipo para la venta. En la actualidad el artículo 137.6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece la participación en procedimientos de adjudicación de inmuebles requerirá el ingreso de un 25 % del precio de venta en concepto de fianza. Sin embargo, este precepto no constituye ni forma parte de la legislación patrimonial de las Entidades Locales.

En cuanto a la garantía provisional, el artículo 35.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su último párrafo, disponía que en los contratos privados, la exigencia de garantía provisional era potestativa para el órgano de contratación; el propio artículo y apartado, en su primer párrafo fijaba la cuantía de la garantía provisional en el 2 por 100 del presupuesto del contrato.

En la actualidad al estar excluidos los contratos patrimoniales de la LCSP son los órganos de contratación de las entidades locales, quienes pueden establecer, en el marco de sus atribuciones, la exigencia de prestación de garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación definitiva del contrato, sin que sean de aplicación las normas del régimen de garantías de la LCSP, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos

patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública puede, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.

En cuanto a la garantía definitiva, en los supuestos que sea necesaria, deberá estarse al concreto negocio jurídico patrimonial de que se trate. En este sentido, a título de ejemplo, baste con indicar que para los arrendamientos de locales negocio el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos señala como obligatoria la exigencia de fianza en metálico de dos mensualidades de renta para uso distinto del de vivienda. Ello es así porque, en el contrato de arrendamiento, la garantía definitiva garantiza el cumplimiento por el arrendatario de las obligaciones del contrato, y puede ser incautada por la entidad local como penalización en el supuesto de incumplimiento del contrato por el arrendatario. En todo caso tampoco son de aplicación a la garantía definitiva de los contratos patrimoniales, por las razones anteriormente expuestas, las normas del régimen de garantías de la LCSP.

IV.- Sobre la necesidad de realizar adjudicación provisional en los contratos patrimoniales.

La LCSP introduce como novedad la distinción entre adjudicación provisional y definitiva que tiene como finalidad construir el régimen jurídico del sistema de recursos en los procedimientos contractuales, y en particular del recurso especial en materia de contratación. El origen de este recurso se encuentra en la Directiva comunitaria 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La citada Directiva arbitra una serie

de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública

Como ya se indicaba en el Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el recurso administrativo especial del artículo 37 está regulado dentro del título de la Ley relativo a disposiciones generales de los contratos del sector público. De manera que con independencia de la naturaleza administrativa o privada de los contratos, cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada de conformidad con el artículo 13, aunque sean privados, procede el citado recurso contra los actos de adjudicación provisional. Efectivamente a los contratos llevados a cabo por cualesquiera entes del sector público que no tengan la consideración de Administración pública, pero sí la de poder adjudicador —contratos, privados de conformidad con el artículo 20 LCSP— se les aplican las reglas de adjudicación del Capítulo I, título I del Libro III, según previene el artículo 174. Dentro de estas normas se incluyen las relativas a la estructura del procedimiento en adjudicación provisional y definitiva, en atención a la regulación en el artículo 21 de la jurisdicción competente para el conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados de poderes adjudicadores que estén sujetos a regulación armonizada, que resulta ser la contencioso administrativa.

Ahora bien el hecho de que a los contratos privados a que se refiere el artículo 20 LCSP se les aplique la estructura del procedimiento de adjudicación provisional y definitiva, no puede llevar a la conclusión de que a los contratos patrimoniales —en atención a que también son privados— debe aplicarse la misma estructura procedimental, pues en la denominación de «*contrato privado*» a que se refiere el artículo 20 LCSP no se encuentran incluidos los contratos patrimoniales al haber sido excluidos en el artículo 4.1, por aplicación de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004. En consecuencia el

procedimiento para la preparación y adjudicación de los contratos patrimoniales de las entidades locales no tiene que ordenarse en su instrucción conforme a la estructura de adjudicación provisional y definitiva.

V. Sobre la posibilidad, a través de la figura del contrato menor, de adjudicar contratos patrimoniales, y si en este caso también es necesario distinguir entre adjudicación provisional y definitiva.

El régimen jurídico que la LCSP establece para los contratos menores, en sus artículos 95 y 122.3, se caracteriza por su formalización, en cuanto es suficiente una mera factura para la misma; su procedimiento de adjudicación, en el que se suprimen la realización de determinados trámites y requisitos, en cuanto pueden adjudicarse directamente. La condición de contrato menor, sin embargo, únicamente puede ser aplicada a los contratos que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP, pues se trata de un régimen especial.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la LPAP regula tres formas de adjudicación de los contratos sobre bienes patrimoniales: el concurso de general aplicación, la subasta, aplicable en las enajenaciones de bienes (artículos 137 y 143) y la adjudicación directa aplicable en supuestos tasados por la Ley. Ahora bien la exigencia de pliegos, la necesidad de acreditar en el procedimiento de enajenación determinados extremos (tasación, admitirse la entrega de otros bienes en pago... etc.), la exigencia de formalización, evidencian, por sí solas, la incompatibilidad de los contratos patrimoniales con el régimen jurídico de los contratos menores.

III. CONCLUSIONES

I. La LCSP no regula el requisito de la capacidad de obrar de los licitadores, que se rige por las normas generales de Derecho común. De manera que las normas de capacidad de obrar en los contratos patrimoniales, al igual que en el resto de los contratos del sector público, son las propias de los ordenamientos civil y mercantil.

II. La exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales de la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, conlleva que no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. Sin embargo es posible argumentar, sobre la base del artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales que no existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación.

III. Al estar excluidos los contratos patrimoniales de la LCSP, son los órganos de contratación de las entidades locales, quienes pueden establecer, en el marco de sus atribuciones, la exigencia de prestación de garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación definitiva del contrato, sin que sean de aplicación las normas del régimen de garantías de la LCSP, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al

principio de libertad de pactos. La Administración pública puede, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.

IV. El procedimiento para la preparación y adjudicación de los contratos patrimoniales de las entidades locales no tiene que ordenarse en su instrucción conforme a la estructura de adjudicación provisional y definitiva de la LCSP.

V. El régimen jurídico de los contratos menores solo puede aplicarse a los contratos incluidos en el ámbito de la LCSP. Pero, además, resulta incompatible el régimen jurídico de los contratos patrimoniales.

Informe 4/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 15 de abril de 2009