



Informe 3/10, de 3 de julio de 2010, ““Régimen jurídico de contratación de las Mutuas”

Clasificación de informes. 1. Ámbito de aplicación subjetiva. 1.1. Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. 5. Cuestiones relativas al precio de los contratos. 5.3. Modalidades de pago. 7. Capacidad y solvencia de las empresas. 9. Clasificación de las empresas. 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 13. Publicidad. 14. Procedimientos y formas de adjudicación. 19. Recursos. 22. Contratos de gestión de servicios públicos. 22.1. Duración de los contratos de servicios públicos. Prórrogas. 23. Contratos de suministros. 23.3. Duración de los contratos de suministros. Prórrogas. 24. Contratos de servicios. 24.4. Duración de los contratos de servicios.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo se formula la siguiente consulta:

“DON PEDRO BARATO TRIGUERO, con domicilio a efectos de notificaciones en la calle Maudes 51, 3º, 28003 de Madrid, actuando en nombre y representación de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (AMAT), en calidad de Presidente de la misma (nombramiento que se acredita con la certificación del acuerdo adoptado por la Asamblea General el 28 de septiembre de 2006 que se adjunta a la presente consulta), y en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, atentamente EXPONE

I. Que como reiteradamente ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y de la demás normativa sobre contratación pública que resulte de aplicación.

Que el artículo 17 del citado Real Decreto establece que "La Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos Ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos Autónomos y Entes Públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa", si bien en diversas ocasiones la Junta Consultiva ha señalado la falta de legitimación para solicitar informe al no ser formulada la consulta por la persona competente, un Vicepresidente (Informe 39/95, de 21 de diciembre) o un Secretario del Consejo de Administración (Informe 8/96, de 7 de marzo) en lugar del respectivo Presidente, exigiendo, asimismo, respecto del ámbito territorial que la Entidad tenga carácter nacional (Informe 36/06, de 30 de octubre).

Que, a su vez, el artículo 15 del Real Decreto 30/1991 dispone que "la Secretaría de la Junta tendrá a su cargo (...) la preparación de los antecedentes necesarios e informes de orden técnico y administrativo sobre los asuntos que deban ser sometidos a la consideración de los órganos colegiados integrados en la Junta".

II. Que la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) es una asociación constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del Derecho de Asociación Sindical, inscrita en el Registro de Asociaciones Empresariales en virtud del principio de libertad de constitución en el ámbito del asociacionismo empresarial, consagrado en el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 19/1977, que establece que "Los trabajadores y



los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos (...)”.

A estos efectos, el apartado segundo de ese mismo artículo 1 establece que "se entiende por rama de actividad el ámbito de actuación económica, la profesión u otro concepto análogo que los trabajadores y los empresarios determinen en los Estatutos" y, de acuerdo con los de AMAT, su fin principal es "la representación y fomento de los intereses de los asociados en cuantos asuntos les afecten, en relación con las Administraciones Públicas, Organismos y Entidades de cualquier naturaleza y ámbito, incluido el internacional".

A la vista de lo anterior, la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) es una asociación constituida por la totalidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social al amparo de lo establecido en la Ley 19/1977, de 1 de abril, que regula el derecho de asociación sindical, y en el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, normativa que la configura como Asociación Profesional de carácter empresarial legítimamente constituida en defensa de los intereses colectivos del Sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo como rama de actividad, como organización profesional de carácter nacional, que además se encuentra integrada en la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEDE), y en consecuencia, cabe colegir su indubitado carácter de organización empresarial representativa del Sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo como asociaciones de empresarios y, en consecuencia, su legitimación para formular consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa al amparo de lo dispuesto por el art. 17 antes citado,

III. Que la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 3, apartado 1, letra g) establece que "a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: g) las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social".

IV. Que esta sujeción de las Mutuas a la LCSP, régimen hasta entonces desconocido para estas Entidades, ha generado cierta preocupación en el Sector, de ahí el interés por aclarar determinados aspectos en relación con su régimen de contratación en un intento de superación de las contradicciones que presentan ciertas interpretaciones administrativas que se han venido realizando en relación con esta cuestión y que se exponen conforme a los siguientes,

ANTECEDENTES

1. Tradicionalmente el régimen contractual de las Mutuas ha estado sujeto al Derecho Privado, observando determinadas particularidades derivadas de lo dispuesto en el Reglamento General sobre Colaboración en la Gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

2. No obstante lo anterior, desde el año 2007, y como consecuencia de la modificación operada por la Disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 al apartado 1 del artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a las Mutuas les resultan asimismo de aplicación en materia de contratación, las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión del IVA en ambos casos. En tal sentido se pronuncia la Dirección General de Patrimonio del Estado en su Resolución de 2 de abril de 2007, por la que se publica el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por la que se adoptan criterios interpretativos para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

3. Por último, desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratación del Sector Público, publicada en el BOE de 31 de octubre de 2007 (en adelante LCSP), que incluye expresamente en su ámbito subjetivo de aplicación a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, éstas Entidades han venido acomodando su actividad contractual a lo previsto en dicha normativa en relación con aquellos aspectos y tipos de contratos que quedan



sometidos a dicho ámbito de aplicación. No obstante, no puede ignorarse la complejidad que conlleva la traslación a la práctica del contenido de la LCSP al régimen contractual de las Mutuas, tanto por tratarse de entidades de naturaleza privada que tradicionalmente han estado sujetas en materia de contratación al Derecho Privado, como por la dificultad que entraña compatibilizar las previsiones de la citada Ley con lo dispuesto al efecto en el Reglamento de Colaboración. Dicha dificultad se ha visto agravada como consecuencia de diversas actuaciones administrativas que se han llevado a cabo sobre las Mutuas, actuaciones que basándose en una interpretación extensiva de las disposiciones en materia de contratación exigibles a las Administraciones Públicas, y presentando importantes contradicciones, vienen a desvirtuar incluso la naturaleza privada de las Mutuas y generan incertidumbre a la hora de determinar la intensidad y especialidades de aplicación de la LCSP con respecto a estas Entidades, entre tales interpretaciones destacan las realizadas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) y la Intervención General de la Seguridad Social (IGSS) o el Tribunal de Cuentas

4. A la vista de lo anteriormente expuesto, la descoordinación derivada de las citadas actuaciones y la existencia de pronunciamientos contradictorios, unida a la complejidad de la materia y la dificultad de la aplicación práctica de las disposiciones de la LCSP a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, reclaman desde la necesaria seguridad jurídica que legalmente tutela la normativa más arriba expuesta, el esclarecimiento de determinadas cuestiones que afectan al régimen contractual de las Mutuas, entidades que desempeñan una función relevante en la gestión de la Seguridad Social, y que a pesar de que su nacimiento es anterior al del propio Sistema de Seguridad Social, han participado en la fase embrionaria del mismo y han ayudado a la integración de las prestaciones que tradicionalmente gestionaban y las que posteriormente se les ha ido atribuyendo, contribuyendo, con ello, a la configuración de un moderno sistema de Seguridad Social, a través del mutualismo. Estas entidades han compatibilizado las obligaciones públicas con la gestión privada, buscando así satisfacer simultáneamente el interés económico y el interés social, y dicha fórmula ha resultado exitosa ya que, con el transcurso de los años y hasta su actual configuración, las Mutuas han experimentado un progresivo incremento de atribución de facultades como reconocimiento de su labor como entidades colaboradoras en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social.

Dicha gestión, que ha sido hasta el momento llevada a cabo por las Mutuas de manera eficiente, puede verse afectada en parte como consecuencia de las dudas que se plantean en relación con su régimen contractual puesto que, aunque su condición de entidades privadas colaboradoras en el Sistema de Seguridad Social y la gestión de cuotas de prestaciones que realizan, determinan su sujeción a la vigilancia y supervisión del Ministerio de Trabajo, ello no debería conllevar una extensión a las Mutuas de las previsiones normativas aplicables a las Administraciones Públicas en materia de contratación, tal y como se desprende de las citadas actuaciones administrativas, por resultar esta postura contraria a los principios y naturaleza propios de estas Entidades y, afectar a su capacidad de iniciativa y dirección en la gestión de los servicios y actividades que tienen encomendados, lo que en consecuencia podría suponer una reducción progresiva de la eficacia en dicha gestión. Con el fin de superar tal confusión y los efectos perversos que la misma conlleva, se plantean las siguientes cuestiones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CUESTIONES PLANTEADAS

I - DE CARÁCTER GENERAL.

1ª. Con la entrada en vigor de la LCSP y en virtud de lo dispuesto en su artículo 3.1 g), en relación con su ámbito subjetivo de aplicación, las Mutuas se considerarían expresamente integradas dentro del sector público. No obstante, para determinar el régimen de contratación aplicable a las mismas sería preciso atender a la categorización realizada por el citado texto legal que otorga un tratamiento distinto según se trate de entes, organismos y entidades integrantes del sector público, Administraciones Públicas o poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas.

Entiende esta Asociación que las Mutuas, aún a pesar de colaborar en la gestión de prestaciones de Seguridad Social, no pueden considerarse "Administración Pública" y, por tanto, no podría llevarse a cabo una aplicación extensiva de



su normativa de contratación a las mismas, sino que sería necesario atender a ciertas especialidades que determinarían la intensidad de la aplicación a las Mutuas de la LCSP, quedando limitada para estas entidades su aplicación a lo dispuesto en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, y a aquellas disposiciones referidas a las previsiones de contratación establecidas para los poderes adjudicadores que, con independencia de la consideración que esta clasificación pudiera requerir, se recogen en relación con la preparación y adjudicación de los contratos, quedando por tanto las Mutuas al margen del resto de las previsiones legales que no afectarían a su régimen de contratación, pues tal y como se dijo anteriormente, tiene carácter privado, en coherencia con su naturaleza como asociaciones voluntarias de empresarios.

No obstante lo anterior, la confusión que afecta al régimen jurídico de contratación de las Mutuas se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, siendo recomendable para superar dicha confusión que afecta gravemente a la actividad contractual de las Mutuas y para evitar que, tal y como se ha expuesto anteriormente, pudiera incluso afectar a su eficiente gestión, que esa Junta Consultiva se pronuncie sobre la intensidad y particularidades de aplicación de la LCSP y del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre a estas entidades.

EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

2ª. Sobre la Solvencia y clasificación de los contratos.

En relación con la clasificación del contratista, sería conveniente que esa Junta aclarase que este requisito únicamente debería entenderse exigible a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, no condicionando por tanto el régimen de contratación de las Mutuas y siendo únicamente potestativo para ellas.

3ª. Sobre el plazo de duración de los contratos.

El artículo 23 de la LCSP, de aplicación general a todas las entidades del Sector Público, parece otorgar un amplio margen para establecer el plazo de duración de los contratos: deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas".

Por su parte, el artículo 76 LCSP ofrece indicaciones para la estimación del valor de los contratos en función de su duración, pero tampoco delimita la duración máxima de los mismos, siendo el único lugar donde se halla una indicación expresa el Libro IV de la Ley, cuando trata sobre los "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos" (especialmente el art. 279 LCSP respecto de los contratos de servicios), que, como se desprende de su propio enunciado, no es de aplicación a los contratos privados y, consiguientemente, a los licitados por las Mutuas.

En atención a ello, ¿debe entenderse que no existe otra limitación para las mutuas respecto a la duración de los contratos que la establecida con carácter genérico en el referido art. 23 de la LCSP?.

Dentro de la misma cuestión, ¿podría una Mutua acordar unilateralmente la prórroga del contrato tal como así lo prevé el propio precepto citado (art 23 LCSP), sin necesidad del mutuo acuerdo entre las partes?.

4ª. Sobre el precio de los contratos.

En relación con el precio del contrato entiende esta Asociación que deberían exigirse las condiciones señaladas en el artículo 75 de la LCSP, si bien sería conveniente que esa Junta se pronunciase sobre lo acertado de las siguientes matizaciones con respecto a los contratos celebrados por las MATEPS:

- a) En virtud del principio de libertad de pactos, se admitiría el pago aplazado que está prohibido en el caso de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas.*
- b) No resultarían de aplicación los criterios de valoración contemplados en el artículo 136 del citado texto legal en relación a ofertas con valores anormales o desproporcionados, por estar reservadas exclusivamente a las*



Administraciones Públicas, si bien las Mutuas podrían indicar criterios para valorar una oferta anormal o desproporcionada, siempre que así se prevea en los pliegos, indicándose el procedimiento a seguir cuando así se declarara una oferta.

5ª. Sobre la Mesa de contratación.

Se consulta la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca del carácter no obligatorio de constitución de una "mesa de contratación" en los contratos celebrados por la Mutuas, en virtud de su carácter de poder adjudicador que no puede considerarse Administración Pública.

En virtud de lo anterior, se entendería que las disposiciones del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público tampoco serían de aplicación a las Mutuas, puesto que su art. 24 (en idénticos términos que el art. 295 de la LCSP), establece claramente que las mesas de contratación se configuran como un órgano auxiliar de las Administraciones Públicas, y las Mutuas, como se ha expuesto anteriormente no podrían ser consideradas como tales.

6ª. Sobre los Pliegos.

Esta cuestión, merece una solicitud de aclaración especial a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puesto que quizás sea una de las que plantea mayores dificultades a la hora de aplicarse a la actividad contractual de las Mutuas.

Sería importante que esa Junta aclarase, para evitar confusiones como las señaladas anteriormente, que las Mutuas no deben sujetarse a la normativa específica de Pliegos dispuesta para las Administraciones Públicas, tal y como manifiesta la Abogacía del Estado, en su Instrucción 1/2008 de 5 de febrero, y por tanto, no sería adecuado hacer uso de las expresiones "Pliego de prescripciones técnicas" y "Pliego de cláusulas administrativas particulares" que han venido empleando tanto la IGSS como el Tribunal de Cuentas, por cuanto estas entidades no pueden considerarse Administraciones Públicas, ya que éstas gozan de prerrogativas que no son aplicables a la contratación de las Mutuas.

Por tanto, solicitamos que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncie sobre la conveniencia de interpretar de forma restrictiva el art. 121 LCSP, en relación con la preparación de contratos que celebren poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas.

7ª. Sobre los Procedimientos de adjudicación.

En lo concerniente a la adjudicación de los contratos, el artículo 174 de la LCSP establece que los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas para la adjudicación de sus contratos sujetos a regulación armonizada, aplicarán las normas establecidas para las Administraciones Públicas con las especialidades establecidas en dicho artículo.

En relación con el respeto al principio de transparencia, se solicita la opinión de ese órgano consultivo sobre la no aplicación a las Mutuas de las exigencias establecidas en el art. 144 LCSP, ni en los arts. 26 a 30 del RD 817/2009, limitándose a la observancia de la exigencia de que los criterios objetivos primen sobre los subjetivos, por lo que éstos, concretamente el económico, deberán ser valorados con carácter preferente.

En este sentido, y en consonancia con el planteamiento expuesto por la IGSS, parecería lógico pensar que las Mutuas pudieran utilizar, en la fase de adjudicación, al igual que las Administraciones Públicas, el procedimiento abierto, el restringido o el negociado. En este punto, la AGE-DSJE, en su Circular 1/2008 a la que se viene haciendo referencia dejaría abierta la posibilidad de recurrir a cualquiera de los procedimientos determinados por la Ley, según el tipo de contrato y/o su cuantía, siempre que los presupuestos de aplicación se describieran de forma clara y precisa, y que se respetaran, en todo caso, los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad



y no discriminación que informan la LCSP. Se consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa su opinión sobre este último aspecto.

En cualquier caso, sería necesario aclarar por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que lo dispuesto por la LCSP al respecto de los contratos menores únicamente afectaría a los celebrados por las Administraciones Públicas.

8ª. Sobre el Recurso Especial en materia de contratación.

Las Mutuas han visto como en la práctica los recursos especiales a los que se refiere el artículo 36 de la LCSP que se han interpuesto contra el acto de adjudicación provisional no han sido resueltos expresamente por el MTIN al ser órgano de tutela de las Mutuas en el plazo previsto por el art. 37.9 del citado cuerpo legal, quedando en suspenso la tramitación del expediente de contratación sin poderse proceder a la adjudicación definitiva y formalización del contrato, lo que origina en la práctica importantes demoras y perjuicios a las Mutuas en sus procedimientos de contratación dado que, pese a que el interesado podrá considerar desestimado el recurso a los efectos de interponer el recurso contencioso administrativo, ello no obsta para que subsista la obligación de resolver expresamente por la propia Administración.

Es por ello que se consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa si resulta adecuado aplicar las disposiciones reguladoras de este recurso al régimen contractual de las Mutuas, puesto que partiendo de su propia denominación, los recursos administrativos son los previstos por la propia Ley en relación a los actos emanados exclusivamente de las Administraciones Públicas.

Estas cuestiones plantean serias dudas en cuanto a la forma de llevar a cabo la traslación de un instrumento previsto para la Administración Pública, a una Entidad de carácter privado como la Mutua. Así, cuando el art. 37.5 de la LCSP establece que "Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar", esta delegación genera incertidumbre en cuanto no existe instrumento jurídico administrativo por medio del cual delegar una competencia en un organismo que no tiene atribuida la condición de Administración Pública y, por tanto, no estaría sujeto administrativamente a la jerarquía administrativa o a la desconcentración funcional que podría servir de base a esta delegación impracticable jurídicamente.

Por otro lado, el oficio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 11 de Agosto de 2009, dirigido a una Mutua apuntaba la posibilidad de plantear reclamación administrativa previa del acto del posible adjudicatario recurrente. Sin embargo se plantea la consulta sobre la viabilidad de esta reclamación administrativa previa, puesto que las Mutuas, al no poder ser consideradas Administración Pública, no estarían incluidas lógicamente en el art. 2 de la Ley 30/1992.

En este sentido, con fecha 9 de diciembre de 2009, la Secretaría General Técnica de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo e Inmigración, resolvió la inadmisión del recurso especial en materia de contratación presentado contra la adjudicación de un contrato por una Mutua, por no resultar el mismo procedente contra los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados celebrados por un ente, organismo o entidad que no tiene el carácter de Administración pública y por además tratarse de un contrato de carácter privado.

Finalmente, dadas las reservas que en la práctica se plantea sobre la viabilidad de que el competente para resolver este recurso especial sea el MTIN, y las previsiones de modificación de la LCSP, ante la necesidad de que se transponga al Derecho Español la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas de Recursos (89/665/CEE y 91/13/CEE) y que pretende corregir los puntos débiles advertidos en los mecanismos de recursos existentes en los Estados Miembros, se plantea la duda de quién sería el órgano competente para resolver tal recurso especial máxime cuando en una ocasión, respecto a un



contrato no armonizado el MTIN se ha considerado competente, y en una segunda ocasión en relación con un contrato armonizado el MTIN ha procedido a resolver tal recurso.

Por último, y suponiendo que fuera el MTIN el órgano competente para resolver, el retraso en la resolución del recurso ¿impide a la Mutua adjudicar el contrato?. Nótese que la redacción del artículo 37 de la LCSP parte de la idea de que es el propio órgano de contratación quien resuelve el recurso especial (con lo que la suspensión automática actúa como acicate para la pronta resolución del mismo). Sin embargo, cuando la competencia se atribuye a un órgano extraño al órgano de contratación (como es el MTIN) el retraso perjudica a la Mutua (que no puede adjudicar), pero no al MTIN. ¿Es posible considerar que el transcurso del plazo de resolución permite a la Mutua adjudicar el contrato? En caso negativo ¿resulta posible plantear reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado por defectuoso funcionamiento de los servicios públicos en caso de retraso en la resolución?

En conclusión, solicitamos de esa Junta que se pronuncie tanto sobre su conformidad con el contenido de la citada resolución de fecha 9 de diciembre de 2009 que considera improcedente plantear el recurso contra la adjudicación de un contrato por las Mutuas, cómo sobre cuál sería en su caso el órgano jurisdiccional competente para conocer del tal recurso.

9ª. Sobre la publicidad de los contratos.

Se plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, si en virtud de lo dispuesto en el art. 174 de la LCSP para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, no sería necesaria la publicación en el BOE, entendiéndose que se ha observado el principio de publicidad con la publicación en el DOUE y la inserción de la información correspondiente en el perfil del contratante.

10ª. En relación con el precio y las modificaciones.

En relación con los requisitos del precio, se consulta sobre si resultarían de aplicación a los contratos celebrados por las Mutuas las reglas en relación a los requisitos contenidas en los artículos 75 y 76 de LCSP, esto es la exigencia de precio cierto y adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato.

Respecto al pago aplazado, según lo dispuesto por la Abogacía del Estado en la citada Instrucción 1/2008, debería atenderse a las especialidades respecto a la forma de pago derivadas de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad que rigen para los contratos de naturaleza jurídica privada, que reconoce el plazo de pago pactado por las partes dentro del marco legal aplicable. En este sentido, se consulta si a diferencia de la normativa que afecta a las Administraciones Públicas, será válido el pago aplazado.

Por último, con relación a la posibilidad de revisión del precio señalado, se consulta sobre la viabilidad de aplicar el principio de libertad de pactos, puesto que las limitaciones dispuestas en los artículos 77 a 82 de LCSP se circunscribe al ámbito de contratación de las Administraciones Públicas.

III- EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

11ª. En relación con el procedimiento de adjudicación y los principios aplicables en la misma.

La adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada se regiría por lo dispuesto en el artículo 175 de la LCSP. Este precepto no establece ningún procedimiento específico de adjudicación, sino que se limita a señalar que "la adjudicación estará sometida, en todo caso a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación". Por ello, se plantean diferentes cuestiones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa relacionadas con el alcance de estos principios.

En concreto, sobre el principio de publicidad, se consulta si en virtud de lo dispuesto en el art. 175 de la LCSP, en los contratos no sujetos a regulación armonizada celebrados por las Mutuas, cuyo importe supere los 50.000€ se



entiende cumplido el principio de publicidad con la inserción de la información correspondiente en el perfil del contratante. Igualmente, se consulta sobre la necesidad de que la Plataforma de contratación de la Mutua tenga sellado de tiempo o time stamping para que dicha plataforma sea válida a la hora de cumplir con el principio de publicidad.

En relación con el principio de igualdad y no discriminación, se consulta si para el cumplimiento de este principio basta el respeto de las exigencias que a continuación se describen: a) Prohibición de utilización de marca, patente, origen o producción determinados. b) Prohibición de discriminación de licitadores por su procedencia por parte de la Entidad adjudicadora. c) Reconocimiento mutuo de títulos, certificados y diplomas que, deberán aceptarse, con independencia de su procedencia, si presentan garantías equivalentes. d) Prohibición de información privilegiada a los licitadores que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

En cualquier caso, respecto a los procedimientos de adjudicación se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que exprese su parecer sobre la posibilidad de que la Mutua estableciera el procedimiento de adjudicación que estimase oportuno conforme a lo establecido en el apartado b) del artículo 175 de la LCSP que señala que "Los órganos competentes de las entidades a las que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil del contratante de la entidad".

12ª. En relación con los pliegos.

Finalmente, respecto a los pliegos se plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa si es adecuado diferenciar dentro de los contratos no sujetos a regulación armonizada celebrados por las Mutuas, entre:

- Aquellos contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, en los que, aunque sometidos a los principios de publicidad y concurrencia, las Mutuas tendrían libertad de contratación, según la interpretación que se efectúa de los artículos 175.b) y 121.2 de la LCSP, por lo que no se consideraría preceptiva, en estos casos, la elaboración de pliegos.

- Aquellos contratos de cuantía superior a 50.000 euros donde debería elaborarse un pliego con el contenido a que se refiere el artículo 121.2 de la LCSP.

- Aquellos contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo 11 de cuantía igual o superior a 206.000. En esta clase de contratos, el régimen de preparación se equipararía al de los contratos sujetos a regulación armonizada, esto es, sería necesaria la elaboración de pliegos de prescripciones técnicas, conforme al artículo 121.1 de la LCSP.

Por lo anteriormente expuesto,

SOLICITA

Que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991 que regula su régimen orgánico y funcional, se pronuncie sobre las cuestiones planteadas, dando contestación a la presente consulta formulada a la misma a través de la representación ostentada por quien la suscribe, en nombre del Sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, a fin de que esa Junta, en virtud de las competencias que le han sido conferidas por los artículos 2.4 y 17 del citado Real Decreto, a través de las facultades del Artículo 17 del Real Decreto 200/1991 antes citado, en orden a dotar de seguridad jurídica a la actividad contractual de estas entidades, y a resolver las dudas existentes en el Sector que afectan a la intensidad y especialidades de la aplicación a las mismas de los preceptos de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, evitando así el colapso de trabajo que podría conllevar el planteamiento de tales cuestiones confusas de forma independiente ante ese Órgano."



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Las cuestiones planteadas en la consulta son múltiples y se refieren todas ellas a la aclaración del régimen jurídico aplicable en materia de contratación pública a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

2. La primera cuestión plantea cuál es la consideración que merecen las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Estas Mutuas pertenecen al Sector Público de conformidad con el artículo 3.1.g) de la citada Ley. Ahora bien, a efectos de definir la intensidad con que deben aplicárseles las disposiciones de esta Ley resulta necesario determinar si pueden considerarse Administración Pública, en el sentido del artículo 3.2 de la misma norma.

Entiende esta Junta Consultiva que la respuesta ha de ser necesariamente negativa dada la naturaleza jurídica de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. Éstas no son entidades de derecho público sino “asociaciones de empresarios que, debidamente autorizados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración y con tal denominación, se constituyen con el objeto de colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a sus servicios, son ánimo de lucro, con sujeción a las normas del presente Reglamento y con la responsabilidad mancomunada de sus miembros” (artículo 2.1 del Reglamento General de Colaboración en la Gestión de la Seguridad Social de 1995, aprobado mediante Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre; y en similar sentido se pronuncia el artículo 68.1 de la Ley General de la Seguridad Social).

Una vez aclarado que estas Mutuas no son Administración Pública, hay que valorar si cabe su consideración como poder adjudicador conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 de la citada Ley y del Reglamento General de Colaboración arriba reseñado.

A la vista del artículo 3.3.b) de la Ley de Contratos del Sector Público esta Junta Consultiva entiende que las Mutuas a que se refiere este informe sí son poder adjudicador, y ello en base a las siguientes consideraciones. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales cumplen todos los requisitos que exige el artículo 3.3.b) de la citada Ley:

- Estas Mutuas son “entes con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a)” del artículo 3.3 de la citada Ley (en base a lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento General de Colaboración);
- Son “específicamente creadas para satisfacer necesidades de interés general” (tal y como se desprende del artículo 2.1 del citado Reglamento); carecen de carácter industrial o mercantil (si atendemos a su objeto o fin de acuerdo con el artículo 68 de la Ley General de la Seguridad Social y los artículos 2.1 y 5 del Reglamento General de Colaboración, entre otros);
- Y su gestión es objeto del control y vigilancia del Ministerio de Trabajo (artículo 71 y 72 de la Ley General de la Seguridad Social y artículos 2.1, 34.6 o 52 del Reglamento General reseñado, entre otros).



Por todo ello esta Junta Consultiva concluye que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, pertenecen a éste, no son Administraciones Públicas y merecen la consideración de poderes adjudicadores.

Nótese que el encaje de estas Mutuas en la categoría de poder adjudicador, sin ser Administración Pública, conlleva la exclusión de la aplicación de un gran número de preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público y de su correspondiente desarrollo reglamentario. Para la determinación del régimen jurídico aplicable habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 20, 121, 174 y 175 de la Ley de Contratos del Sector Público.

3. En una segunda cuestión la Asociación de Mutuas solicita que se aclare si la clasificación es de utilización potestativa por parte de las referidas Mutuas.

En este sentido esta Junta Consultiva entiende que el enunciado del artículo 54.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, al estar referido a las Administraciones Públicas, responde con claridad a la cuestión planteada. En efecto, el precepto indiciado dispone que “para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado”.

Dicho en otras palabras, si bien la exigencia de solvencia resulta aplicable a estas Mutuas (artículo 51 de la Ley de Contratos del Sector Público), no así la obligatoriedad de que ésta se acredite necesariamente mediante la clasificación (en los términos previstos en el artículo 54.1 de la citada Ley). Únicamente las Administraciones Públicas, en el sentido del artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, están obligadas a exigir la clasificación cuando se den los supuestos que detalla el citado artículo 54.1 de esta Ley.

4. La tercera cuestión planteada se refiere a cuál es el régimen jurídico de las prórrogas de los contratos adjudicados por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y plantea la posibilidad de que la prórroga se acuerde unilateralmente por la Mutua.

La Asociación de Mutuas está en lo cierto cuando afirma que el Libro IV de la Ley de Contratos del Sector Público no resulta de aplicación por aparecer referido éste a los contratos administrativos y no a los contratos privados.

Así cabe concluir que la prórroga de los contratos de estas Mutuas se regirá por el artículo 23.2 de la Ley de Contratos del Sector Público y por el derecho privado, no siéndole de aplicación el Libro IV de esta Ley, salvo que se establezca expresamente lo contrario.

Una vez identificado el régimen jurídico de estas prórrogas cabe ya abordar la posibilidad de prórroga unilateral por parte de estas Mutuas de la duración de los contratos adjudicados por ellas. En este sentido hay que estar a lo establecido en el artículo 23.2 de la Ley de Contratos del Sector Público del que cabe deducir la exigencia de que las prórrogas se prevean expresamente en el contrato. Cuando así sea, “la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes”.

Así cabe concluir que la prórroga procederá cuando esté expresamente prevista en la documentación contractual y podrá ser acordada unilateralmente por la Mutua siempre que en ella no se haya establecido otra cosa.



5. En una cuarta cuestión, en su apartado a), se plantea si el pago aplazado le está prohibido a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En este sentido hay que recordar que el artículo 75.7 de la Ley de Contratos del Sector Público refiere la prohibición del pago aplazado a las Administraciones Públicas y no a los demás poderes adjudicadores.

Asimismo la Asociación de Mutuas pregunta, en el apartado b) de la misma cuestión, si cabe la inclusión en los pliegos de criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas y del procedimiento a seguir en estos casos.

En lo que respecta a la inclusión en los pliegos de criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, procede indicar que el artículo 174.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público excluye la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 136 de la misma norma sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas. Ahora bien, la Mutua puede voluntariamente incluirlos en los pliegos o documento previo equivalente, siempre y cuando respete los principios y normas que le vinculan de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público.

Por otra parte, en lo que se refiere al procedimiento, en virtud de lo dispuesto en los artículos 173 y 174.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público, deberán aplicarse los apartados 3 y 4 del artículo 136 de la misma norma.

6. En una quinta cuestión se pregunta acerca de la obligatoriedad de constituir una “Mesa de contratación” para la adjudicación de contratos por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, a la vista de los artículos 295.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y 21.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. En sendos artículos se dice que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación. No siendo las Mutuas Administración Pública, no les alcanza dicha obligación.

7. En cuanto a la cuestión sexta, relativa al régimen jurídico de la preparación de los contratos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, cabe hacer las siguientes consideraciones.

La preparación de estos contratos se rige por el artículo 121 de la Ley de Contratos del Sector Público. El mismo en sus dos apartados establece un régimen jurídico bifronte según el tipo de contrato de que se trate.

De acuerdo con el artículo 121.1 de la citada Ley, en la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administración Pública que estén sujetos a regulación armonizada, habrán de observarse las reglas establecidas en el artículo 101 de la referida Ley para la definición y establecimiento de las prescripciones técnicas. Asimismo serán de aplicación los artículos 102 (condiciones especiales de ejecución del contrato), 103 (información sobre determinadas obligaciones), 104 (información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo).

Por su parte el apartado segundo del artículo 121 de la Ley de Contratos del Sector Público establece la obligación de elaborar un pliego en el caso de los contratos celebrados por poderes



adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública, que sean distintos de los referidos en el apartado primero de idéntico artículo y que sean de cuantía superior a 50.000 euros. Para los contratos de igual o inferior cuantía, como bien dice la Instrucción de la Abogacía General del Estado nº 1/2008, de 5 de febrero, a la cual se refiere el escrito de consulta, la obligatoriedad de elaborar un pliego y su confección de acuerdo con el contenido que detalla el artículo 121.1 de la Ley reseñada “ha de reputarse potestativa”. Ello sin perjuicio de la necesidad de que las Mutuas elaboren en estos casos un documento previo a la licitación donde consten los elementos necesarios para la definición de la licitación y del correspondiente contrato.

No obstante lo anterior, esta Junta Consultiva considera que debe hacerse una interpretación extensiva del ámbito objetivo de aplicación de las exigencias, en materia de obligatoriedad y contenido del pliego, del artículo 121.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. Así, se observa que las exigencias que establecen sendos apartados del artículo 121 de la Ley no son coincidentes. Ciertamente se advierte una voluntad del legislador de elevar el nivel de exigencia cuando se trata de los contratos a que se refiere el apartado primero del artículo 121 de la Ley, dada la mayor entidad de los mismos. Este mayor nivel de exigencia para los contratos del artículo 121.1 de la Ley no es coherente con la no exigencia de un pliego con el contenido que detalla el artículo 121.2 de esta Ley, lo que nos conduce necesariamente a la conclusión de que las exigencias que establece el apartado segundo de dicho artículo para contratos de menor entidad deberían hacerse extensivas a los contratos a que se refiere su apartado primero. El resultado de dicha interpretación sería que en la preparación de los contratos a que se refiere el artículo 121.1 de la citada Ley, adicionalmente a las exigencias que este artículo y apartado establece, deberá elaborarse un pliego con el contenido mínimo que figura en el artículo 121.2 de esta Ley, esto es, deberá elaborarse un pliego en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que se deberán constituir, es decir, ha de facilitarse a las empresas la información necesaria para que puedan presentar sus ofertas y conocer los derechos y obligaciones inherentes al futuro contrato.

Por último, procede hacer una aclaración en lo que respecta al uso de expresiones tales como “pliego de prescripciones técnicas” o “pliego de cláusulas administrativas particulares”. En este sentido cabe afirmar que las Mutuas tienen libertad para utilizar estas denominaciones sin que en ningún caso ello pueda conllevar la aplicación de las normas previstas para las Administraciones Públicas en materia de pliegos más allá de la previsión que en este sentido contempla el tantas veces citado artículo 121 de la Ley de Contratos del Sector Público.

8. En materia de procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, en la cuestión número 7 se plantean varias dudas.

La primera relativa al principio de transparencia y a la aplicación del artículo 144 de la Ley de Contratos del Sector Público y de los artículos 26 a 30 del Real Decreto 817/2009.

En lo que respecta a los procedimientos para la adjudicación por Mutuas de contratos sujetos a regulación armonizada, hay que estar a lo establecido en el artículo 174 de la Ley de Contratos del Sector Público. Éste excluye claramente la aplicación de todo el artículo 144 de la misma norma a los referidos contratos.

En cuanto a los artículos 26 a 30 del Real Decreto 817/2009 hay que señalar que el artículo 174.a) de la Ley de Contratos del Sector Público excluye la aplicación del artículo 134.2 de la citada Ley en lo que se refiere a la intervención del comité de expertos para la valoración de los criterios que no



dependen de la aplicación de fórmulas. De lo que sigue que el desarrollo reglamentario correspondiente a esa parte del artículo 134.2 de la misma norma tampoco les resultará de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada de las Mutuas. Estos artículos serían concretamente el 28 y el 29 del Real Decreto 817/2009. Sin embargo, los artículos 25 (relativo al órgano competente para la valoración), 26 (relativo a la presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor), 27 (relativo a la apertura de sobres), 30 (relativo a la práctica de la valoración) del citado Real Decreto, sí les serán de aplicación.

En lo que respecta a los procedimientos de adjudicación por Mutuas de contratos no sujetos a regulación armonizada hay que estar a lo establecido en el artículo 175 de la Ley de Contratos del Sector Público. El mismo, en su apartado a) afirma que la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Esta Junta Consultiva entiende, en estos casos, que el principio de transparencia y el de tratamiento igualitario hacen conveniente que la evaluación conforme a criterios cuantificables automáticamente se realice con posterioridad a aquélla que se haga conforme a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Ello implica necesariamente la presentación en sobres separados de la documentación a la que deban aplicarse cada grupo de criterios y la apertura de sendos sobres en actos separados. El objetivo de esta separación es evitar que el órgano que decide sobre la adjudicación del contrato conozca el contenido de la proposición antes de que haya evaluado aquéllos aspectos de la oferta a los que deban aplicárseles criterios no cuantificables automáticamente. Ello contribuye indudablemente a dotar de una mayor transparencia al procedimiento y constituye una garantía de un tratamiento igualitario.

Por otra parte, la Asociación de Mutuas relaciona el principio de transparencia con “la observancia de que los criterios objetivos primen sobre los subjetivos, por lo que éstos concretamente el económico, deberán ser valorados con carácter preferente”, dice ésta.

En primer lugar hay que aclarar que todos los criterios han de ser objetivos o susceptibles de ser objetivados conforme a normas claramente establecidas en la documentación contractual, aún cuando exijan un juicio de valor para llegar a una cuantificación concreta, y no discriminatorios, conforme a lo establecido en el artículo 147.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

En segundo lugar cabe indicar que no se entiende la expresión de “ser valorados con carácter preferente”. Si lo que la Asociación de Mutuas quiere decir es que se les atribuya, a los criterios evaluables de forma automática, una ponderación mayor, esta Junta Consultiva tiene que hacer la siguiente consideración. El artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público exige a las Mutuas que “en la determinación de los criterios de adjudicación” se dé “preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”. Ello significa que, salvo casos excepcionales, se atribuirá una ponderación inferior a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor respecto de aquéllos criterios que sean evaluables de forma automática. Ahora bien, sí se admite en procedimientos abiertos o restringidos, puntualmente, que se excepcione la regla general de la preponderancia de los criterios evaluables de forma automática. Y es en estos casos cuando resultarán de aplicación los artículos 25, 26, 27 y 30 del Real Decreto 817/2009.

En cuanto a qué procedimientos de adjudicación pueden utilizar las Mutuas para adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada, la respuesta una vez más dimana de lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley de Contratos del Sector Público, tal y como señala la Instrucción nº 1/2008



de la Abogacía General del Estado referida por el escrito de consulta. Así, con las salvedades que apunta el artículo 174.1.a) de la citada Ley, les son aplicables a estos contratos todos los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley de Contratos del Sector Público.

Por último la Asociación de Mutuas pregunta si lo dispuesto por la Ley de Contratos del Sector Público en relación con los contratos menores resulta de aplicación a estas entidades.

Esta Junta Consultiva entiende que de acuerdo con el artículo 174 de la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, el artículo 122.3 de la misma, relativo a los contratos menores, solo sería aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada. Ahora bien, dado que estos contratos son de cuantía muy superior a las que fija el artículo 122.3 de la citada Ley para los contratos menores, en la práctica tal precepto jamás será de aplicación a éstas.

Tratándose, por tanto, de contratos que no están sujetos a regulación armonizada, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley tantas veces mencionada. De conformidad con su apartado b) estos contratos se regirán en cuanto a su adjudicación y preparación por las instrucciones que deben aprobar a tal efecto, en las que regularán los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de “publicidad, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”. En tales instrucciones, evidentemente, se podrá prever que en supuestos similares a los previstos en el artículo 122.3 de la Ley se puedan recurrir a la adjudicación directa.

9. En la cuestión nº 8 la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales plantea un conjunto de dudas relativas a la aplicación a éstas de la figura del recurso especial previsto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público. Aunque la problemática planteada no debe tener vigencia durante mucho tiempo dada la modificación legal operada en este ámbito, conviene aclarar alguno de los extremos planteados.

En primer lugar, se pregunta acerca de la aplicabilidad de este recurso en los procedimientos de adjudicación de las Mutuas. A la vista del artículo 37.1 de la citada Ley, esta Junta Consultiva entiende que las decisiones a que se refiere el artículo 37.2 de la Ley que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, y de los demás contratos que detalla el citado artículo, pueden y deben ser objeto del recurso especial en materia de contratación. Ello resulta de aplicación tanto a las Administraciones Públicas como a los demás entes que integran el Sector Público, dado que el artículo 37 no hace distinción alguna y sin embargo se enmarca en un título cuya rúbrica reza “disposiciones generales sobre la contratación del sector público”. El concepto tradicional de recurso administrativo, vinculado por la Ley 30/1992 a las Administraciones Públicas en el sentido de su artículo 2, no es extrapolable al recurso especial en materia de contratación administrativa que debe ser entendido en el marco de un Derecho, el de la contratación pública, cuyo ámbito subjetivo de aplicación ha demostrado una fuerte vocación expansiva, como resultado de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de diversas normas comunitarias y sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; fenómeno éste que se ha concretado en el ámbito subjetivo de aplicación de la actualmente vigente Ley de Contratos del Sector Público.

En segundo lugar, la Asociación duda acerca de cuál es el órgano competente para resolver los recursos especiales que se planteen en el curso de los procedimientos de licitación de las Mutuas. En este sentido la aplicación del artículo 37.4 de la Ley de Contratos del Sector Público nos



conduce al titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración por ser éste el departamento ministerial responsable de la tutela de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En tercer lugar, en lo que respecta a la responsabilidad en que incurre el Ministerio de Trabajo e Inmigración por no ejercitar la competencia que le viene atribuida o por el mal ejercicio de la misma, es cuestión que no corresponde a la competencia de esta Junta Consultiva.

En cuarto lugar se pregunta si es posible que el Ministerio de Trabajo e Inmigración delegue en las Mutuas la competencia para contratar, en aplicación del artículo 37.5 de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta Junta Consultiva entiende que la respuesta ha de ser negativa dada la naturaleza jurídica de las Mutuas, que son asociaciones privadas y, por lo tanto, no cabe hablar de delegación conforme al artículo 13.1 de la Ley 30/1992.

En quinto lugar, procede aclarar que la calificación de los contratos de las Mutuas como contratos privados (de acuerdo con el artículo 20.1 de la Ley de Contratos del Sector Público) no excluye la aplicación del régimen de recurso especial que establece el artículo 37 de la referida Ley. Al respecto debe traerse a colación la doctrina de los actos separables de conformidad con la cual, aun en los contratos de naturaleza jurídico privada, son revisables en el ámbito administrativo los actos de adjudicación y el procedimiento antecedente a los mismos, por su carácter administrativo. A mayor abundamiento, al referirse a los contratos cuyos procedimientos de adjudicación pueden ser objeto del recurso especial, el artículo 37.1 de la referida Ley habla, entre otros, de contratos sujetos a regulación armonizada, categoría en la que tienen cabida tanto los contratos privados como los contratos administrativos (así se deriva del artículo 13 de la Ley de Contratos del Sector Público).

En sexto lugar se pregunta cuál sería el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso especial contra la adjudicación de un contrato por una Mutua. Se advierte cierta confusión en el planteamiento de la cuestión dado que en ningún caso un órgano jurisdiccional tiene atribuida la competencia para conocer del recurso especial, conforme al artículo 37.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. Por ello esta Junta Consultiva considera adecuado hacer las siguientes aclaraciones para evitar mayor confusión en lo que respecta al régimen de recursos en la contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Por una parte, contra los actos susceptibles de recurso especial (ver artículo 37.2 de la Ley de Contratos del Sector Público) cabría recurso ante el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración; y contra la desestimación por silencio (artículo 37.9 de la citada Ley) o contra la resolución de dicho recurso (artículo 37.10 de la misma norma) cabría recurso contencioso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Esta última en su artículo 2.b) atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con los actos de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas, esto es, a la Ley de Contratos del Sector Público.

Por otra parte, contra el acto de adjudicación definitiva de la Mutua únicamente cabrá recurso contencioso-administrativo. Dada la naturaleza jurídico-privada de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, queda excluida la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición propio de las Administraciones Públicas.

Por último, la Asociación de Mutuas plantea si el retraso por parte del Ministerio de Trabajo e Inmigración en resolver expresamente el recurso especial impide a las Mutuas adjudicar el contrato. En este sentido el artículo 37.7 de la Ley de Contratos del Sector Público es muy claro al afirmar que si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, queda en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda procederse



a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. El apartado noveno del mismo artículo se pronuncia en idéntico sentido. Sin embargo, cuando se trate de un recurso interpuesto contra los actos de trámite cualificados o contra los pliegos a que se refiere el artículo 37.2 de la citada Ley, el efecto suspensivo no opera; y ello sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el artículo 38 de la Ley de Contratos del Sector Público. Este régimen de suspensión resulta aplicable a las Mutuas aún cuando se dé la especificidad de que el órgano competente para resolver sea el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

10. La novena cuestión versa sobre la obligatoriedad o no de dar publicidad en el BOE a las adjudicaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

El artículo 174.1.b) de la Ley de Contratos del Sector Público es muy claro a este respecto al establecer el carácter voluntario de la publicación en medios adicionales al DOUE y a la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 de la citada norma.

11. El apartado décimo agrupa una serie de cuestiones relacionadas con el precio de los contratos de las Mutuas.

En primer lugar se pregunta acerca de la aplicabilidad de los artículos 75 y 76 de la Ley de Contratos del Sector Público a las Mutuas. La respuesta es necesariamente afirmativa dado que los mismos se enmarcan en un libro, título y capítulo cuya rúbrica no dispone lo contrario. Y ello sin perjuicio de que expresamente cada apartado delimite su ámbito de aplicación, como es el caso del pago aplazado que queda prohibido por el artículo 75.7 exclusivamente para las Administraciones Públicas, por así disponerlo expresamente éste.

En segundo lugar, se pide a la Junta que se pronuncie acerca de la aplicabilidad de los artículos 77 a 82 de la Ley de Contratos del Sector Público a las Mutuas. De nuevo para responder basta con llamar la atención sobre la rúbrica del capítulo que engloba estos artículos y que se titula “revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas”.

12. En la cuestión nº 11 “se consulta si en virtud de lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley de Contratos del Sector Público, en los contratos no sujetos a regulación armonizada celebrados por las Mutuas, cuyo importe supere los 50.000 euros, se entiende cumplido el principio de publicidad con la inserción de la información correspondiente en el perfil del contratante”. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa a la vista de la literalidad del artículo 175.c) de la citada Ley.

En relación con el principio de igualdad y no discriminación se consulta si para dar cumplimiento a los mismos basta con el respeto a un “numerus clausus” de exigencias que se lista en el escrito de consulta. En este sentido cabe recordar que el citado principio contiene un concepto jurídico indeterminado, cual es el de igualdad, que tiene un número indeterminado e ilimitado de concreciones, no siendo la enumeración que propone la Asociación de Mutuas en ningún caso suficiente.

Por último, en lo que respecta al procedimiento de contratación que habrán de establecer las Mutuas en sus instrucciones, conforme al artículo 175.b) de la Ley de Contratos del Sector Público, como ya se dijo, no hay más límites que los que señale el propio artículo 175 de la Ley de Contratos del Sector Público.



13. En relación con la cuestión nº 12, sobre si es adecuado diferenciar dentro de los contratos no sujetos a regulación armonizada celebrados por las Mutuas, procede indicar que las asunciones que hace la Asociación de Mutuas son correctas, con las siguientes correcciones.

En primer lugar, si bien es cierto que en el procedimiento de contratación de los contratos de las Mutuas que no tengan encaje en el artículo 121.1 ni en el artículo 121.2, ambos de la Ley de Contratos del Sector Público, la elaboración de un pliego con el contenido que detalla el artículo 121.2 de la citada norma es potestativa, también es cierto que resulta necesario, en virtud del principio de concurrencia y de igualdad, que la Mutua elabore un documento previo a la licitación en el cual haga constar por escrito los elementos esenciales para la definición de la licitación y del contrato correspondiente, como ya se explicó en el apartado 7 del presente informe.

En segundo lugar, hay que recordar a la Asociación de Mutuas que la cuantía de 206.000 euros que recogía el artículo 121.1 de la citada Ley a partir del 1 de enero de 2010 ha sido sustituida por la de 193.000 euros.