

LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ¿UN NUEVO TRAJE CON LAS MISMAS RAYAS?

SILVIA DEL SAZ
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, ¿UN NUEVO TRAJE CON LAS MISMAS RAYAS?: 1.1. *El punto de partida.* 1.2. *El papel del Derecho administrativo en la regulación sobre el fondo de los contratos públicos.* 1.3. *Eficacia versus garantías procedimentales. La modernización de los procedimientos de contratación y el triunfo de la discrecionalidad.*—2. LAS CLAVES PARA ENTENDER LA NUEVA SISTEMÁTICA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY, ¿SIMPLE TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO O EXTENSIÓN A TODAS LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO? LA APLICACIÓN DE LA LCSP A OTRAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODERES ADJUDICADORES. LOS DIFERENTES NIVELES DE APLICACIÓN: 3.1. *El Vía Crucis de la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratación pública.* 3.2. *Los diferentes niveles de aplicación de la LCSP.*—4. EL RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: ENTRE EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL OBJETIVO DE LA NO PARALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

RESUMEN

Con motivo de la aprobación por las Cortes de la Ley de Contratos del Sector Público, se pretende analizar en este trabajo hasta dónde se ha llegado en la aplicación del Derecho administrativo a la actividad de contratación del sector público; en concreto, cuál es el papel del Derecho administrativo en la regulación del fondo de los contratos públicos, sobre el que la nueva Ley mantiene una línea plenamente continuista, y cómo la extensión de los procedimientos reglados de selección de contratistas se ha conseguido a costa de incrementar la flexibilidad y la discrecionalidad en su aplicación. Se estudian, además, las claves sobre las que se ha construido la nueva Ley, con especial atención a su ámbito subjetivo de aplicación, para terminar analizando el nuevo recurso especial en materia de contratación.

Palabras clave: contratos públicos; sector público; poderes adjudicadores; contratos administrativos; contratos privados de los entes públicos.

ABSTRACT

The law on public-sector contracts has recently been approved by parliament. This article analyses how far it has gone in applying administrative law to the activity of public-sector contracts. Specifically, it looks into the role of administrative law in regulating the bases of public contracts, an area in which the new law continues along the same lines as the previous legislation. It also considers how regulated procedures for selection of contractors have been extended at the cost of increasing the flexibility and discretionality of their application. It studies the keys to the new law, with special attention to its subjective scope of application and finally analyses the new special appeal mechanism regarding contracts.

Key words: public contracts; public sector; adjudicatory powers; administrative contracts; private contracts of public bodies.

1. LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, ¿UN NUEVO TRAJE CON LAS MISMAS RAYAS?

1.1. *El punto de partida*

Los cambios han llegado de forma acelerada a todos los sectores de la actividad administrativa impulsados por un replanteamiento global del papel que debe jugar el sector público en países con economía de mercado. Pero la cuestión se presenta con matices diferentes cuando se trata de contratación pública, pues ésta sigue representando en nuestro país, como en los demás Estados miembros de la Unión Europea, una parte significativa del producto interior bruto, proporción que va en aumento¹ a pesar de que las medidas de austeridad presupuestaria² han obligado a buscar fórmulas ingeniosas de financiación de obras públicas y prestación de servicios que pasan por trasladar al sector privado, al contratista, una buena parte del riesgo del contrato³, aunque no siempre sirvan para eximir a los contribuyentes del pago de los costes de las infraestructuras y de los servicios, eso sí, aplazados en el tiempo.

La discusión no versa, en consecuencia, sobre cuál debe ser la importancia cuantitativa de la contratación pública, que hasta la fecha a nadie se le ha ocurrido cuestionar, fundamentalmente porque la contratación sigue siendo el medio instrumental para la realización de los objetivos de las políticas públicas que se fijan en los programas electorales, sino sobre cuál es el instrumento que mejor permite satisfacer los intereses a los que ésta sirve: ¿es el Derecho administrativo el idóneo para los contratos que celebran los poderes públicos?; ¿debe primar la agilidad y eficacia sobre las garantías y el control que implica la existencia de unos procedimientos especialmente rigurosos y formalizados de selección de contratistas?; ¿qué posición ha tomado, finalmente, el todavía Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público; en adelante, LCSP⁴?

¹ Según los datos procedentes de la Comisión Europea, la contratación pública suponía en España el 13,02% del PIB en el año 2002. En concreto para los contratos de obra pública, las Administraciones públicas licitaron en ese mismo año obras por un importe de 22.474 millones de euros, un incremento del 31,9% respecto de la media del periodo 1998/2002 (datos del Ministerio de Fomento).

² Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 17 de junio de 1997.

³ Sobre la relación directa entre el auge de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado y el principio de estabilidad presupuestaria, véase J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, 2006, págs. 17 y ss. En el mismo sentido, F. VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», núm. 172 de esta REVISTA, 2007, págs. 141-188.

⁴ El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se encuentra en una fase muy avanzada de tramitación, pues tuvo entrada en el Senado el día 13 de julio de 2007 (BOCG, núm. 112, de 13 de julio de 2007, exp. 121/000095).

1.2. *El papel del Derecho administrativo en la regulación sobre el fondo de los contratos públicos*

Respecto a la primera de las cuestiones enunciadas, y dejando a un lado la fase previa de adjudicación, puede decirse que la LCSP se ha mantenido en una línea plenamente continuista con lo que había. Avalan esta afirmación dos consideraciones.

En primer lugar, la regulación de fondo de los contratos administrativos no es objeto de novedades fundamentales dignas de reseñar, salvo quizás la clasificación de contratistas y la revisión de precios⁵ y la de mayor alcance que supone el nuevo contrato administrativo de colaboración entre el sector público y el sector privado⁶, con el que la LCSP se ha anticipado, incluso, a la regulación comunitaria, para dar visos de legalidad a prácticas contractuales con difícil cabida entre los contratos típicos tradicionales.

En segundo lugar, la LCSP insiste en consolidar un proceso ya iniciado hace años de abandono del Derecho administrativo, que queda limitado, en cuanto a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y la regulación de los derechos y deberes de las partes, a los que celebran determinadas entidades que la LCSP denomina Administraciones públicas, tomando partido por el Derecho privado incluso para contratos que en la LCAP tenían un régimen administrativo; en concreto, los de las entidades públicas empresariales o entidades similares de Comunidades Autónomas y entidades locales que cumplieran los requisitos para ser considerados, conforme al Derecho comunitario, poderes adjudicadores.

Pero profundicemos un poco más en lo que esto significa.

Sin entrar ahora en la polémica doctrinal sobre si los contratos administrativos tuvieron desde su origen sustantividad propia o fueron contratos privados a los que la Administración aplicaba el privilegio de la decisión ejecutoria propia de los actos administrativos⁷, la peculiaridad de los contratos administrativos frente a los contratos privados ha sido en nuestro Derecho la desigualdad entre las partes, justificada por el interés público al que

⁵ Así lo había puesto de manifiesto el Informe de la Comisión de Expertos en su Conclusión núm. 23, en la que se recomendaba establecer un nuevo modelo para la revisión de precios en los contratos de obras y suministros de fabricación habida cuenta de que el existente había quedado obsoleto e inservible por su especial complejidad (*Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Madrid, Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales, 2004, pág. 158).

⁶ La LCSP ha abandonado el término *contrato típico* para designar a los contratos de obras, servicios, suministros, gestión de servicios públicos, concesión de obra y contrato de colaboración entre los sectores público-privado, a los que ahora denomina *calificados*. No obstante, los contratos calificados ya no son, como antes los contratos típicos, una tipología dentro de los contratos administrativos, pues dichos contratos pueden ser administrativos pero también privados si se celebran por entidades distintas de las Administraciones públicas.

⁷ R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, García Oviedo, 1963.

sirve la Administración, desigualdad que se imponía no sólo a los contratistas a través del privilegio de decisión ejecutoria, sino también a los propios órganos contratantes, mediante la aprobación de los pliegos de condiciones generales⁸.

Por eso, la Ley de Contratos del Estado de 1965⁹ supuso un cambio sustancial. No sólo vino a elevar a rango legal, extendiéndolo para todos los contratos administrativos, un régimen de privilegios y prerrogativas que hasta entonces se imponía por la sola voluntad de la Administración y que podía libremente adaptarse o modificarse con unos cambios en los pliegos de condiciones generales, sino que diseñó un régimen perfectamente acabado de derechos y deberes de las partes del que la Administración no podía escaparse.

Este modelo rígido y estandarizado de contratación pública, descompensado por la confianza ciega en los controles con que se debían proteger los dineros públicos, un modelo del que se había eliminado casi por completo la libertad de pactos y en el que la discrecionalidad de los órganos contratantes era prácticamente inexistente, hizo aguas hace ya décadas pues la creación, primero, de entidades públicas instrumentales que sujetaban su actividad al Derecho privado y, después ya, de sociedades mercantiles o fundaciones públicas obedecía, entre otros, al propósito de evitarlos.

Pues bien, ésta es la tendencia que ha consagrado definitivamente la LCSP, que, lejos de establecer un molde más flexible dentro del cual incluso las Administraciones públicas puedan moverse, ha optado por la solución más drástica y más sencilla, la más tradicional pero también, seguramente, la más inoperante: obligar a las Administraciones públicas a someterse a un Derecho administrativo que no ha sido objeto de una revisión en profundidad, mientras que se exonera a todos los demás organismos y entidades del sector público de la regulación imperativa prevista para el fondo de los contratos administrativos.

Esta afirmación debe seguramente modularse en relación con el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, y siempre dependiendo de cómo se interprete lo establecido en el artículo 289 de la Ley, que, tras señalar que le resulta aplicable el régimen jurídico del contrato administrativo típico al que corresponda el objeto de la prestación principal, continúa diciendo que no le resultan de aplicación aquellas normas que se

⁸ Real Decreto de 13 de marzo de 1903.

⁹ Decía la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963 que «la sumisión preferente al Derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por la Ley su perfil institucional y los configura como una categoría independiente con alejadas raíces del Derecho privado de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico: contrato y derecho administrativo se unen para dar vida a un ente original (...) Aceptado este axioma no es difícil discernir el concepto de contrato administrativo de que parte la presente ley de bases, basta acudir al fundamento del derecho administrativo para descubrir la causa del negocio, para comprender la razón de sus peculiaridades normativas y para sentir la necesidad de unos procedimientos especiales de elaboración del contrato y de enjuiciamiento de la relación jurídica cuando el restablecimiento del derecho exige la intervención del poder jurisdiccional».

opongan a su naturaleza funcionalidad y contenido peculiar. ¿Significa esto que cada Administración pública puede elegir, caso por caso, un régimen jurídico a la carta para cada uno de los contratos de este tipo que celebre? Esta interpretación es la que se postula en trabajos recientes, a cuyos autores estoy segura no debe faltar razón porque, en caso contrario, el contrato estrella de la LCSP habría perdido toda su utilidad incluso antes de nacer¹⁰.

Pero la aplicación del Derecho privado, ¿conduce inexorablemente, como se ha pretendido, a una situación de plena igualdad entre los contratantes?; ¿impide utilizar las figuras contractuales propias del Derecho administrativo?

Nada impide que los poderes públicos incorporen a los contratos privados a través del pliego de condiciones, que bien puede imponerse unilateralmente, a modo de contrato de adhesión, una buena parte de los poderes en más con que cuenta la Administración en los contratos administrativos, salvo que supongan la contradicción con otras normas legales imperativas, en cuyo caso sólo por ley podría eximirse de su cumplimiento. Sin embargo, estos supuestos son los menos.

Podríamos tomar, por ejemplo, las normas generales del Capítulo II del Título I del Libro IV de la LCSP, relativas a los efectos de cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. En modo alguno puede afirmarse que sean ajenas a los contratos privados las cláusulas de penalización —cláusulas penales, en el argot del Derecho privado—, las estipulaciones conforme a las cuales la constitución en mora del contratista no precisa de intimación previa, aquellas por las que se determinan las causas de resolución unilateral, las que acuerdan los términos de la cesión de los contratos o de determinadas prestaciones de los mismos, etc.

A una conclusión similar podríamos llegar si descendemos a la regulación de cualquier contrato típico. Tomemos, por ejemplo, el contrato de concesión de obra pública. Muchas de las prerrogativas que la Ley reconoce a la Administración bien podrían reconocerse en el pliego de condiciones a la entidad pública o privada contratante, con las matizaciones correspondientes, claro está, por el hecho de no tratarse de una Administración pública.

Así, cualquier entidad instrumental podría celebrar un contrato consistente en la realización de una obra cuya contraprestación consistiera en su explotación o bien en dicho derecho acompañado de un precio. En dicho contrato bien podría incluirse una cláusula conforme a la cual el precio por utilización de la obra viniera determinado por la entidad contratante aunque no tuviera la consideración de tarifa, o la posibilidad de que la entidad contratante estableciera con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra necesarias para solucionar situaciones excepcionales, etc.

Solamente quedarían fuera de la autonomía de la voluntad y del poder de disposición de las partes en este contrato aquellas cláusulas que, bien

¹⁰ Véanse a este respecto los trabajos de C. CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132, 2006, págs. 640 y ss., y de J. GONZÁLEZ GARCÍA, antes citado.

por afectar a las potestades administrativas propias de Administraciones ajenas al contrato, no quedan a disposición de las partes, como, por ejemplo, la de instar y obtener la expropiación por la Administración territorial competente de los bienes necesarios para la construcción o explotación de la obra; bien porque podrían conllevar la utilización de bienes, sea cual sea su naturaleza jurídica, titularidad de terceros ajenos al contrato, esto es, Administraciones que no son parte contratante, o bien, finalmente, porque fueran contrarias a disposiciones imperativas contenidas en leyes sectoriales, como es el caso de la hipoteca, que el artículo 107 de la Ley Hipotecaria sólo contempla para las concesiones administrativas.

Además, las entidades del sector público no cuentan en los contratos privados con el privilegio de decisión ejecutoria y no es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para controlar su aplicación, pues en modo alguno es aplicable a los contratos privados la previsión del artículo 195.4 de la LCSP, según la cual los acuerdos que adopte el órgano de contratación, tras el correspondiente procedimiento contradictorio y con el informe preceptivo del Consejo de Estado, ponen fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

Aunque lo cierto es que la ejecución forzosa de los actos dictados por las Administraciones públicas ha dejado de ser una cuestión mollar en la contratación pública actual, pues rara vez ejercen sus prerrogativas cuando pueden optar por soluciones pactadas que posteriormente se ven obligadas a reconducir a la legalidad, a menudo forzando su interpretación y aprovechando sus huecos.

En todo caso y descendiendo a la realidad, que los contratos privados puedan incorporar reglas propias de los contratos administrativos se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la LCSP, que afirma expresamente que las reglas que se imponen a la contratación administrativa no son exclusivas de ésta, pues bien pueden ser incluidas en los contratos privados que celebren los demás organismos y entidades del sector público¹¹. Y así, por lo demás, lo consagra su artículo 25 al reconocer el principio de libertad de pactos, con los únicos límites que suponen el principio de buena administración y el sometimiento a las normas básicas, que, como veremos, se aplican a todos los contratos del sector público¹².

No puede por ello admitirse que la diferencia entre los contratos privados y administrativos sea sólo y únicamente la presencia en estos últimos de cláusulas exorbitantes del Derecho común que serían ilícitas en un con-

¹¹ «El hecho de que se ponga el acento en la contratación de las administraciones públicas sometiéndolas a normas más detalladas que las que rigen para las entidades sujetas a la ley que no tienen este carácter (sobre todo en lo que se refiere a la celebración de contratos no sujetos a regulación armonizada) no significa que estas últimas no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación o de figuras contractuales contempladas de modo expreso solo para ellas puesto que siempre será posible que sean incorporadas a las instrucciones internas de contratación que deben aprobar dichas entidades o que se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos».

¹² Artículo 25 de la LCSP.

trato privado por ser incompatibles con el artículo 1256 del Código Civil, que impide dejar al arbitrio de una de las partes contratantes la validez y el cumplimiento del contrato¹³, tanto más cuando la interpretación que viene realizando la jurisprudencia sobre el alcance de la regla antes mencionada, en concreto en cuanto a la resolución unilateral, no es que las partes no puedan pactar la resolución unilateral del contrato, sino que ninguna de las partes podrá resolverlo unilateralmente si esta posibilidad no está expresamente contemplada en el mismo (SSTS de 9 de mayo de 1996 y 27 de noviembre de 1997)¹⁴.

Fundamentalmente, la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados radica en que mientras las reglas del Derecho administrativo se imponen, todas ellas, a las Administraciones públicas, las demás entidades del sector público pueden diseñar un traje a su medida, decidiendo caso por caso las condiciones y régimen de cada uno de los contratos que celebran.

Ello nos conduce a la eterna discusión entre lo reglado y lo discrecional, entre los controles del Derecho público y la libertad de actuación que implica la aplicación del Derecho privado. Pero ¿no son todos, al fin y al cabo, los de las Administraciones y los de las entidades del sector público, los mismos gestores?; ¿no manejan todos ellos fondos que pertenecen a los administrados?; ¿acaso debe presumirse mejor saber hacer o mejor voluntad a los gestores de entidades públicas que por capricho del legislador no han sido sometidos a los controles más rigurosos que implica la contratación administrativa?

Aun admitiendo que la realidad va muy por delante de las leyes y que es muy posible que el Derecho administrativo no haya sido capaz de adaptarse a las necesidades reales, las del día a día, si la aplicación del Derecho administrativo nada tiene que ver con la personificación pública o privada ni tampoco con la actividad que realizan las entidades del sector público —la prueba del siete se encuentra en las EPE y sociedades y fundaciones del sector público—, ¿por qué entonces se mantiene aún para un grupo de ellos? Si, en efecto, el Derecho administrativo somete la actividad contractual a un molde tan riguroso que impide una gestión eficaz de los intereses públicos, ¿no sería igualmente inadecuado con independencia de cuál fuera la personificación adoptada o la naturaleza de la función encomendada?

La Exposición de Motivos de la Ley, tan profusa en otras justificaciones, nada dice al respecto, quizás porque sea difícil explicar, por ejemplo, por qué las cautelas impuestas para la revisión de precios en los contratos ad-

¹³ Así lo afirma G. ARIÑO ORTIZ, «El enigma del contrato administrativo», núm. 172 de esta REVISTA, 2007, pág. 79.

¹⁴ «No cabe admitir la denuncia unilateral del contrato litigioso en cualquier momento y por la sola voluntad de una de las partes. A diferencia de lo que ocurre en algunos contratos (sociedad o mandato) sólo debe reconocerse en supuestos excepcionales y en particular cuando lo hayan acordado o previsto las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no implique abuso de derecho ni se traspasen los límites de la equidad y la buena fe» (SAP Barcelona de 11 de marzo de 2004, RJ 2004/120265).

ministrativos que impiden que pueda aplicarse al primer año de ejecución y al primer veinte por ciento del presupuesto ejecutado¹⁵, sirven al interés público cuando la obra se adjudica por un Ayuntamiento y, sin embargo, dejan de tener sentido cuando esa misma obra se contrata por una empresa pública municipal con dinero procedente de los presupuestos de ese mismo ente territorial, salvo que, eso sí, el órgano contratante la incorpore al condicionado del contrato.

1.3. *Eficacia versus garantías procedimentales.*
La modernización de los procedimientos de contratación
y el triunfo de la discrecionalidad

En cuanto a la segunda cuestión, dónde poner el punto de equilibrio entre la eficacia y los controles que se manifiestan en procedimientos formalizados, la LCSP no ha hecho sino tomar el camino previamente marcado por la normativa comunitaria, que ya en su día decidió que los procedimientos reglados de selección de contratistas debían primar sobre la agilidad que supone la posibilidad de contratar, rápida y eficazmente, como cualquier otro particular.

Es más, ha sido la normativa comunitaria, como veremos, el motor fundamental de la nueva Ley, de cuya necesidad sólo se adquirió conciencia cuando alcanzaron visos de salir adelante los trabajos que, tras complejas negociaciones políticas con los países miembros, culminaron en la nueva Directiva 2004/18/CE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros¹⁶. De estas mismas fechas es, no casualmente, el Informe de la Comisión de Expertos titulado *Estudio y diagnóstico de la contratación pública*, citado en la Exposición de Motivos, que, al menos formalmente, ha servido para identificar los problemas y disfunciones que pretende solucionar esta nueva regulación.

Y es que a la normativa comunitaria se deben, sin duda, las novedades fundamentales de la Ley, por mucho que la Exposición de Motivos anuncie que la intención del legislador ha sido ir mucho más allá.

Algunas de estas novedades responden a la necesidad de corregir una defectuosa transposición de ya antiguas Directivas comunitarias, que, aunque en escasas ocasiones, ha sido ya corregida por los Tribunales nacionales recurriendo a la aplicación directa de la normativa comunitaria. Es el

¹⁵ Artículo 77 LCSP.

¹⁶ La regulación de la contratación pública ha sido unificada en una sola Directiva que ha venido a sustituir a las Directivas clásicas que regulaban uno por uno los contratos típicos o calificados, calificación que coincidía con la que recogía nuestra Ley de Contratos del Estado de 1965: las Directivas 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicio; 93/36/CEE del Consejo, para los contratos de suministro; 93/37/CEE del Consejo, para la adjudicación de los contratos públicos de obras.

caso de la Directiva 89/665/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de recurso en materia de contratación pública, que, como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 15 de mayo de 2003, no había sido incorporada a nuestro Derecho con la operatividad exigida por el Derecho comunitario, o la regulación de los medios propios que ahora incorpora la LCSP a partir de una ya consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los supuestos en los que se puede contratar directamente con otras entidades del sector público sin tener que aplicar los procedimientos de licitación¹⁷.

Otras novedades, las de mayor alcance, vienen determinadas por la necesidad de transponer la última Directiva de contratación pública, la 2004/18/CEE, con la que se pretende incorporar la interpretación que de las Directivas clásicas había realizado jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, a la vez, modernizar y flexibilizar los procedimientos de adjudicación¹⁸.

Esta última, aunque formalmente se ha presentado como una petición unánime de los países miembros¹⁹, ha sido la única forma posible de vencer a los recalcitrantes, la mayoría de los países, incluidos aquellos con una larga tradición de procedimientos de adjudicación, de que la imposición de unas reglas objetivas y no discriminatorias relativas a quiénes pueden ser licitadores (capacidad y solvencia) y cómo deben seleccionarse los adjudicatarios de los contratos públicos, lejos de suponer una traba o una pesada carga procedimental que impide a las Administraciones la satisfacción en tiempo real del interés general, es la única forma de conseguir los fines del mercado único: crecimiento económico sostenible a largo plazo, competitividad de las empresas comunitarias, creación de empleo y obtención de servicios públicos de mayor calidad al menor coste y, de paso, la reducción del peligro de fraude y corrupción.

Ya hace una década, en 1996, el Libro Verde de la contratación pública, en el que se valoraba el cumplimiento de la normativa comunitaria en esta materia, ponía de manifiesto la resistencia que estaban mostrando los países a abandonar la práctica de adjudicar los contratos públicos a partir de criterios que nada tenían que ver con la calidad y el precio, y que se había puesto de manifiesto en: i) la falta o inadecuada transposición de las Directivas, que habían motivado ya entonces treinta y nueve procedimientos de infracción; ii) el recurso excesivo al procedimiento negociado; iii) la insuficiente publicidad; iv) la excesiva utilización del acortamiento de los plazos; v) una indebida aplicación de criterios de adjudicación; vi) la falta de publicidad y transparencia en la adjudicación de contratos que no que-

¹⁷ Véanse, por todas, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005 y 19 de abril de 2007 (*Asemfo, Tragsa*).

¹⁸ Véase a este respecto el trabajo de R. RIVERO ORTEGA, «¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?», *REDA*, núm. 121, 2004, págs. 26 y ss., aunque se centra exclusivamente en uno de los aspectos de los contratos públicos, la fase preparatoria y, fundamentalmente, licitación.

¹⁹ Informes del Parlamento Europeo, Comité Económico y Social, Comité de las Regiones y Comisión sobre el Libro Verde de la contratación pública de 1997.

dan cubiertos por la normativa comunitaria, y vii) finalmente, la modificación de las condiciones sustanciales del contrato una vez iniciado el procedimiento.

Diez años después, la práctica de la mayoría de los países seguía siendo muy similar, a pesar de los innumerables procedimientos iniciados por la Comisión, que ha venido a reemplazar la falta de iniciativa de los interesados poco creyentes en la efectividad de la justicia e intimidados por las «listas negras», y las reiteradas declaraciones de incumplimiento con que el Tribunal Justicia ha ido obsequiando, sin excepción, a todos los Estados miembros²⁰. Por ello, la solución más prudente debía pasar no tanto por el palo, sino también por la zanahoria, con una actualización y agilización de los procedimientos cuya necesidad era la excusa que manejaban los Estados miembros para justificar el no muy elevado índice de aplicación de la normativa comunitaria²¹.

A este respecto resulta paradigmático el ejemplo de nuestro país. Han sido necesarios más de diez años y tres sentencias de condena del Tribunal de Justicia para que el legislador se decidiera finalmente a obligar a las entidades privadas del sector público a adjudicar siguiendo unos procedimientos reglados de selección de contratistas²².

En consecuencia, no puede por menos que resultar curioso que el proceso de transposición de la nueva Directiva esté siendo mucho más rápido y menos traumático. A estas alturas es difícil pensar que se debe única y exclusivamente a una especial diligencia del gobierno y del legislador, que por primera vez no sólo no han tenido inconveniente alguno en transponer la Directiva, sino que, directamente, han venido a incorporar todas aquellas novedades procedimentales de la Directiva, incluso aquellas que deja como opcionales para el legislador interno: acuerdos marco, centrales de com-

²⁰ Así, en la página http://Europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index.en.htm, figuraba el 19 de julio de 2004 que la Comisión tenía abiertos procedimientos ante el Tribunal de Justicia contra cinco de los Estados miembros: Italia, Países Bajos, Finlandia, Dinamarca y España, todos ellos por defectuosa transposición de las Directivas o por el incumplimiento de las normas establecidas.

²¹ Véase a este respecto el Considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE (DOUE L 134/114, de 30.4.2004).

²² La *STJE de 15 de mayo de 2003* fue la primera de las citadas que condenaba al Reino de España por no haber extendido los recursos exigidos por la normativa comunitaria a las adjudicaciones realizadas por las sociedades mercantiles que debían considerarse poderes adjudicadores; el mismo argumento de fondo utilizado por la segunda sentencia del Tribunal de Justicia, de *16 de octubre de 2003*, por la que se declaraba el incumplimiento de la normativa comunitaria por la adjudicación de un contrato de obras realizado por SEIPSA (sociedad mercantil que, de acuerdo con la normativa comunitaria, debe considerarse poder adjudicador) sin aplicación de las reglas comunitarias de la contratación pública. Finalmente, la *STJE de 13 de enero de 2005* puso el punto final al considerar que la LCAP excluía de su ámbito de aplicación entidades con personalidad jurídico-privada que, sin embargo, reunían las características establecidas por el Derecho comunitario para ser consideradas poder adjudicador; excluía de la normativa comunitaria los contratos realizados entre Administraciones y entidades públicas que no podían considerarse medios propios y, finalmente, permitía el recurso al procedimiento negociado en supuestos no contemplados por las Directivas comunitarias.

pras, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas y diálogo competitivo²³, las verdaderas estrellas de la LCSP

Pero haciendo un brevísimo repaso, y comenzando por los criterios de adjudicación, no puede afirmarse que la LCSP haya establecido nuevos límites a la discrecionalidad de los órganos contratantes, o, si lo ha intentado, ha sido con poco éxito.

Dejando a un lado la sugerencia de la Comisión de Expertos de que se rescatase la tradicional subasta, es decir, la adjudicación por el precio más bajo, cuando la competencia sobre los elementos técnicos no implicase ventajas comparables a las que se podían obtener mediante una competencia más intensa en los precios²⁴, el legislador se ha limitado a introducir algunas correcciones testimoniales conducentes a garantizar la elección de la mejor oferta y evitar las patologías que, por desgracia demasiado a menudo, se vienen repitiendo en la práctica diaria.

En concreto, tras reproducir la jurisprudencia europea según la cual los criterios de valoración tienen que hacer referencia a la oferta y no a condiciones subjetivas de los licitadores que habrían sido previamente valoradas en la fase previa de admisión al procedimiento de licitación, y permitir la valoración de las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de necesidades sociales de la población beneficiaria de las prestaciones a contratar, se impone la preferencia —preponderancia, dice el artículo 134 LCSP— de los criterios que admiten una valoración automática a partir de fórmulas matemáticas contempladas en los pliegos sobre aquellos otros cuya valoración requiere un juicio de valor, esto es, aquellos criterios que encierran discrecionalidad técnica.

Curiosamente, el legislador, haciendo gala de una cierta ignorancia o acaso ingenuidad, se refiere, en el artículo 174.1.a) LCSP, a los «criterios subjetivos» para hacer alusión a aquellos cuya valoración requiere un juicio técnico, a pesar de que los criterios subjetivos de valoración se encuentran expresamente prohibidos por la normativa comunitaria²⁵.

Pero, a continuación, es la propia LCSP la que neutraliza la regla anterior pues admite que los criterios evaluables automáticamente tengan una inferior ponderación a la del resto de los criterios discrecionales, sin limitarlo a situaciones concretas o excepcionales, y sin establecer siquiera la

²³ «Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados en la presente ley» (Considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE).

²⁴ Dentro de estos aspectos, las conclusiones del Comité hacen hincapié en la flexibilización de las clasificaciones de contratistas, registro único de licitadores, aplicación de las garantías provisionales a las definitivas, clarificación del objeto del contrato, justificación de los expedientes de modificación, revisión de los anticipos a cuenta, duración de los contratos, etc.

²⁵ «La adjudicación del contrato debe realizarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de la oferta en condiciones de competencia efectiva» (Considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE).

carga de una mínima motivación. ¿Para qué sirve, entonces, una regla general cuando sus excepciones no tienen carácter restrictivo o excepcional?

En cualquier caso, la prioridad de criterios que requieran una valoración discrecional se pretende compensar con la intervención de un Comité de Expertos con la debida cualificación. Podría discutirse qué es lo que añade este Comité cuando la independencia real de sus miembros no se encuentra garantizada, pues lo único que prohíbe la Ley es que estén integrados en el órgano contratante. Pero, además, la intervención de los expertos independientes sólo se exige para la contratación de las Administraciones públicas, quedando eximidos de esta obligación los poderes adjudicadores que no tienen esta condición. Menos mal que, al menos, esta previsión se completa con la exigencia de que la valoración de los criterios que conllevan discrecionalidad se realice antes que la de los criterios reglados cuya valoración no admite desviación ninguna.

Flexibilidad en los procedimientos de contratación supone, sin lugar a dudas, la subasta electrónica aplicable, a pesar de su denominación, a los procedimientos abiertos, restringidos y negociados cuando ha habido un procedimiento selectivo previo sin resultados, cuando el criterio de adjudicación sea el precio más bajo, pero también cuando lo sea el de la oferta económicamente más ventajosa —nuestro antiguo concurso—, aunque sólo en relación a aquellos criterios que pueden ser objeto de valoración automática a partir de las fórmulas establecidas en el pliego.

La peculiaridad de este sistema, para el que resultan imprescindibles los medios electrónicos, informáticos o telemáticos, consiste en la posibilidad de que tras una primera valoración de las ofertas se presenten nuevas ofertas sobre aspectos determinados, en concreto sobre el precio o sobre aquellos criterios que puedan ser objeto de una valoración automática, para lo que resulta indispensable que el licitador pueda conocer en cada momento cómo está clasificado, lo que inmediatamente evoca, aunque no se quiera, a las «subastillas» de la Gerencia de Infraestructuras de la Defensa cuando, una vez abiertas las plicas, se invita a los licitadores a presentar una nueva oferta económica por los bienes inmuebles que son objeto de licitación.

Al legislador comunitario no se le ha escapado, sin embargo, el peligro de que esta flexibilidad repercuta en la restricción de la competencia o en la discriminación de los licitadores; por ello, siguiendo la normativa comunitaria, la LCSP advierte que no podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva, o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia, o que se vea modificado el objeto del contrato.

Flexibilidad pero, sobre todo, reconocimiento de la incapacidad de la Administración es lo que implica el nuevo procedimiento de diálogo competitivo, que, a diferencia del contrato negociado, que permite la negociación con uno o varios licitadores de las condiciones de la oferta sobre un contrato cuyo objeto y términos han sido previamente determinados por la Administración, supone la participación de los licitadores en la fase previa de determinación de los medios técnicos aptos para satisfacer las necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un

proyecto, esto es, la participación en la definición del pliego de condiciones conforme al cual se licita el contrato.

2. LAS CLAVES PARA ENTENDER LA NUEVA SISTEMÁTICA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

A la vista de lo expuesto, no parece fácil admitir, como pretende su Exposición de Motivos, que la LCSP haya supuesto una reforma global, un cambio radical en la regulación de los contratos públicos²⁶. Por mucho que el legislador insista en que se establece una regulación común para todos los contratos del sector público, prescindiendo del modelo del contrato administrativo, e incluyendo «reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado fuera de esta legislación», lo cierto es que la nueva Ley, como antes hacía la LCAP, contempla diferentes niveles de aplicación, el más intenso para los contratos administrativos, que son objeto de una buena parte de las normas que ésta contiene, y después ya para el resto de contratos, a los que se aplica con una menor intensidad —son contratos privados—, justo con la requerida por el Derecho comunitario, puramente testimonial cuando se trata de los contratos que celebran entidades del sector público que no están en modo alguno afectadas por la normativa comunitaria.

Y es que la LCSP ha optado por distinguir las exigencias derivadas del Derecho comunitario de aquellas que no lo son, y ha decidido aplicarlo sólo a aquellos casos en los que resulta estrictamente indispensable, esto es, sólo a los que denomina contratos sujetos a regulación armonizada, que son aquellos sometidos a la Directiva de contratación pública²⁷, la cual, a su vez, para determinar los contratos sujetos utiliza nuestra tradicional clasificación de los contratos administrativos típicos, a los que añade el requisito de la cuantía²⁸.

²⁶ El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de LCSP ha sido especialmente crítico en este punto: «El abandono de dicho esquema —parte general en el régimen completo de los contratos administrativos, es decir, preparación, adjudicación, efectos y extinción, y reglas especiales para cada contrato típico— no es total ni podría serlo por la razón antes apuntada de que las normas que tienen su origen en el derecho comunitario no abarcan la totalidad de los aspectos que sí interesan al derecho interno de la contratación administrativa. Por eso la pretendida construcción de la ley como un sistema completo de la actividad contractual no es tal, sino un troceamiento de la regulación en fases o bloques de materias de modo que en unas el juego de los contratos típicos sujetos a regulación comunitaria es mayor mientras que en otras se reconoce con total densidad la regulación tradicional del contrato administrativo».

²⁷ El artículo 19 LCSP define los contratos armonizados, los de colaboración entre el sector público y el privado, los de obras, concesión de obras públicas y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador y los contratos subvencionados estén sujetos a regulación armonizada.

²⁸ La definición de los contratos típicos de los artículos 6, 7, 9 y 10, es decir, obras, concesión de obras, servicios y suministros, es reproducción de la definición que de los mismos contiene el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE. Sin embargo, la Directiva sólo define el contrato de concesión de servicios frente a la regulación del contrato de gestión de servicios públicos de la LCSP. Tampoco se define en la Directiva el contrato de colaboración entre el sector público o el privado, al que se refiere el Libro Verde sobre la colaboración público-privada [30-4-2000 COM (2004)].

Esto es lo que explica, por ejemplo, que el recurso especial en materia de contratación que regulan los artículos 37 y ss. de la Ley se limite a las adjudicaciones de los contratos sometidos a la normativa europea de contratación, quedando excluidos los demás que adjudiquen las Administraciones públicas y otros poderes adjudicadores, quizás porque arbitrar un control efectivo y real de la aplicación por los poderes públicos de las normas de adjudicación que no convierta en inútiles las reclamaciones debe ser patrimonio exclusivo del Derecho comunitario pero no un objetivo del Derecho interno.

Lo que sí ha cambiado, y radicalmente, ha sido la sistemática de ley, mucho más precisa pero también bastante más compleja, complejidad que deriva del simple hecho de haber establecido diferentes niveles de aplicación en atención a la entidad contratante y al tipo de contrato de que se trate.

Así, ni todos los contratos que celebra una misma entidad contratante tienen el mismo régimen jurídico, pues dependerá de que estén sometidos o no a la normativa comunitaria —aunque las diferencias son mínimas cuando se trata de contratos de las Administraciones públicas—, ni un mismo tipo de contrato, aunque sujeto a la normativa europea —obras, servicios, suministros o contrato de colaboración entre el sector público o privado—, aboca a un mismo régimen jurídico, pues dependerá de cuál sea la entidad contratante.

De hecho, mientras que la naturaleza administrativa o privada de los contratos y, en consecuencia, su regulación de fondo dependen exclusivamente de cuál sea la entidad contratante, pues sólo son contratos administrativos los celebrados por las Administraciones públicas²⁹, la aplicación de las reglas relativas a capacidad, publicidad, licitación y adjudicación viene determinada no sólo por el nombre y apellidos de la entidad contratante, sino por el hecho de que el contrato pueda o no incluirse dentro de los contratos típicos o calificados y de que se encuentre sometido o no a regulación armonizada.

Este panorama se completa con una regla de reparto entre jurisdicciones, tributaria del acto administrativo previo, que tradicionalmente se ha venido utilizando como criterio de atribución de competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ningún problema existe en relación con los contratos administrativos de las Administraciones públicas, pues todas las cuestiones litigiosas que se planteen sobre los mismos, ya sea en relación con la preparación y adjudicación, ya lo sea con el fondo del contrato, se controlan por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero pensemos en las entidades de Derecho público o privado pertenecientes al sector público que son, además, poderes adjudicadores pero que,

²⁹ La distinción entre contratos privados y administrativos de las Administraciones públicas obedece al criterio tradicional, pues son contratos administrativos los contratos típicos y cualesquiera otros por causa de su vinculación con el giro o tráfico específico de la Administración o por satisfacer de forma directa una finalidad pública de su competencia (art. 19 LCSP).

en su actividad, se someten total o parcialmente al Derecho privado —las entidades públicas empresariales se sujetan al Derecho administrativo sólo en ejercicio de las funciones públicas que tienen atribuidas—: las cuestiones que se susciten en relación con los actos de preparación y adjudicación de los contratos armonizados se someten a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, mientras que esos mismos actos, dictados por los mismos órganos, cuando se trata de contratos no sometidos a la regulación de las Directivas comunitarias, aun cuando estén regulados por la LCSP, escapan de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para recaer en los Tribunales ordinarios, que deberán, al final, aplicar las determinaciones que la LCSP contiene para la contratación de este tipo de entidades.

Siempre podría argumentarse que, al fin y al cabo, el recurso especial establecido por los artículos 37 y ss., que en todo caso se resuelve por un órgano administrativo, convierte en acto administrativo lo que inicialmente era un acto privado por no ser su autora una Administración pública, pero este argumento decae si tenemos en cuenta que no todos los actos preparatorios son susceptibles de este recurso especial, por lo que cuando se trate de una entidad de Derecho público que sujeta su actividad al Derecho privado, o una sociedad, o una fundación, la adjudicación definitiva de un contrato privado armonizado no es susceptible de recurso administrativo, ni del recurso especial, ni procede de una Administración pública, pero será controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa

Pero, rizando el rizo, la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá incluso la aplicación de las reglas de los contratos armonizados, con sus peculiaridades, a los contratos privados adjudicados por particulares, cuando se trate de contratos subvencionados y contratos celebrados por los concesionarios privados de obras.

De alguna forma, los actos preparatorios y los de adjudicación provisional y definitiva de contratos armonizados celebrados por todos los poderes adjudicadores, aunque no sean Administraciones públicas, tienen el mismo régimen jurídico de los actos administrativos pues se les aplican las causas de nulidad de pleno derecho³⁰ y anulabilidad del Derecho administrativo, las reglas de la Ley 30/1992 para la revisión de oficio y hay que entender que también las del procedimiento de lesividad. Finalmente, también se contemplan las mismas consecuencias en caso de declaración de nulidad: la anulación del contrato, que entra en fase de liquidación salvo que se produjese un grave trastorno al servicio público, en cuyo caso podrán continuar sus efectos bajo las mismas cláusulas en tanto se adoptan las medidas necesarias para evitar el perjuicio.

Por el contrario, se someten a los Tribunales ordinarios las controversias que se planteen sobre la aplicación de las reglas generales que la LCSP

³⁰ La LCSP amplía los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992, al regular como tales, además, el que el contratista esté incurso en alguna de las prohibiciones de contratar o carezca de la necesaria capacidad de obrar y solvencia, y, finalmente, la falta de consignación presupuestaria.

impone a todos los contratos privados no sometidos a regulación armonizada, por lo que, además de conocer del fondo de los contratos, deberán controlar la aplicación contemplada para los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y a los de otras entidades del sector público (cumplimiento de los principios de igualdad, publicidad, capacidad y solvencia, adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, cumplimiento de las instrucciones procedimentales que se hayan establecido, etc.).

Esta necesidad de mantener el equilibrio entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, sazónada con el propósito de relegar el Derecho administrativo, acaso con razón, a lo imprescindible, es lo que ha obligado al legislador a contemplar bloques de materias o fases en la contratación y a regularlas de forma separada a fin de especificar, para cada una de ellas, cuáles son las normas aplicables en función de la entidad y el tipo de contrato, lo que algunas veces se ha precisado en la denominación misma del título o capítulo —así, por ejemplo, el Capítulo único del Título II del Libro II: «Reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas y de contratos subvencionados»—, pero en otras muchas, a pesar de lo especificado en el título, se precisa en cada artículo, aunque el capítulo en principio sea aplicable a todos los contratos del sector público —es el caso, por ejemplo, del régimen de invalidez de los artículos 31 a 36 del Capítulo V del Título Primero, denominado disposiciones generales de la contratación del sector público, sólo aplicable a los contratos administrativos y a los armonizados—.

En definitiva, para determinar el régimen jurídico de cada contrato, el aplicador del Derecho deberá, tras determinar cuál es la entidad contratante y el tipo de contrato de que se trata, recorrer toda la Ley en busca de los preceptos que le resultan de aplicación.

Precisamente por ello, esta nueva sistemática no ha sido objeto de una valoración unánime y si bien ha merecido el aplauso de algunos por considerar que, a pesar de su complejidad, se desvanecen las dudas en cuanto a las prescripciones aplicables a la contratación privada de las entidades de Derecho público y privado³¹, ha merecido, sin embargo, las críticas de otros, especialmente duras en el caso del Consejo de Estado, que en su Dictamen llegó incluso a recomendar un cambio absoluto de planteamiento³².

³¹ A este respecto, CHINCHILLA señala que aunque la sistemática y estructura del Proyecto es novedosa y compleja permite una aplicación más segura de la Ley, ya que la regulación que resulta de aplicación en cada nivel queda definida por remisión a preceptos concretos de la misma y no, como ocurre con el artículo 2.1 de la LCAP, a conceptos genéricos relativos a capacidad de empresas, publicidad, licitación y adjudicación, que es preciso traducir a artículos concretos de la Ley (*ob. cit.*, pág. 611).

³² Es cierto que el Dictamen del Consejo de Estado (514/2006) ha sido especialmente crítico en cuanto a la estructura de la Ley, pues tras señalar que el propósito de ésta no se ha conseguido pues sigue siendo tributaria de la legislación tradicional volcada sobre el régimen jurídico de los contratos administrativos, con «espóradas distorsiones debidas a la incorporación de las exigencias comunitarias», ésta se ha complicado en tal medida que se propone incluso un cambio de sistemática y de estructura. Pero no sólo ha sido el Consejo

3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY, ¿SIMPLE TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO O EXTENSIÓN A TODAS LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO? LA APLICACIÓN DE LA LCSP A OTRAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODERES ADJUDICADORES. LOS DIFERENTES NIVELES DE APLICACIÓN

3.1. *El Vía Crucis de la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratación pública*

Una de las cuestiones que más discusiones ha suscitado y que se ha reflejado en continuas reformas legales desde que, en 1995, se aprobó la LCAP es el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, y no precisamente por voluntad de nuestro legislador. Ha sido el Derecho comunitario el que, con la finalidad de eliminar el riesgo de que en la contratación pública se tratara de forma discriminatoria a las empresas no nacionales, ha obligado a los poderes públicos a seguir determinadas reglas sobre capacidad de los contratistas, publicidad y procedimientos de licitación, que se aplican a los contratos sujetos a las Directivas aun cuando sólo concurren empresas nacionales.

Pero lo paradójico de la cuestión es que esta imposición comunitaria nos ha cogido ya en el camino de vuelta cuando nuestro país, que venía aplicando reglas similares desde hace dos siglos, ya había comenzado a dejarlas atrás.

Desde el Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, la Administración venía obligada a aplicar rigurosos procedimientos de selección de contratistas con los que se pretendía garantizar el interés general, lo que pasaba por la elección de la mejor oferta, evitando las confabulaciones entre licitadores y limitando la «discrecionalidad» de los funcionarios que tenían que adjudicar los contratos, lo cual, por otra parte, favorecía y garantizaba la igualdad entre los licitadores³³.

de Estado, el voto particular formulado por las organizaciones empresariales en el Consejo Económico y Social pone de manifiesto su desacuerdo con una nueva sistemática de la que consideran se desprende una gran inseguridad jurídica para la parte empresarial y una mayor arbitrariedad (Dictamen del Consejo Económico y Social 04/2006).

³³ Tal y como señala MARTÍN BASSOLS, «Evolución de la legislación sobre contratación administrativa», en VV.AA., *Derecho de los contratos públicos*, Barcelona, Praxis, 1995, págs. 30 y ss., la aportación fundamental del Real Decreto de 1852 fue generalizar el principio de publicidad en la contratación administrativa, la cual se extendía no sólo a la convocatoria de los contratos, sino también a la licitación y remates de las subastas. Por otra parte, la subasta se erigió en el único sistema ordinario de selección de contratistas frente a la adjudicación directa, que era un sistema excepcional. La norma se inclina por un sistema de subasta con presentación de proposiciones por escrito y en sobres cerrados sin abrirse licitación sobre la mejor proposición, adjudicándose al mejor postor. Este modelo venía determinado por la necesidad de fijación por la Administración del precio del contrato, pues no debía «proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, evitando paralelamente las confabulaciones y las proposiciones excesivamente onerosas que posteriormente no pueden cumplir, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo».

Existía todavía, y así se mantuvo hasta mediados del siglo siguiente, una coincidencia casi absoluta entre personalidad jurídica y régimen jurídico aplicable³⁴, de forma que se tratara de Administraciones territoriales o de sus entidades instrumentales, si tenían personificación pública, se regían íntegramente por el Derecho administrativo, incluida la contratación. Por el contrario, las sociedades mercantiles de capital íntegramente público que comenzaron a crearse ya en la década de los cuarenta para realizar actividades industriales y comerciales en régimen de mercado se regían en su totalidad por el Derecho privado y, en consecuencia, también en su actividad de contratación, lo que les eximía de tener que aplicar procedimientos de selección de contratistas. Aun tratándose de sociedades públicas, como actuaban en régimen de mercado, sobraban otros controles públicos.

La distorsión del modelo se produjo cuando se disoció la forma de personificación del régimen jurídico aplicable, esto es, cuando comenzaron a crearse entidades de Derecho público para gestionar servicios públicos en monopolio o para realizar funciones públicas excluidas por ello del mercado y que, sin embargo, con el pretexto de conseguir una mayor eficacia, sujetaban su actividad al Derecho privado. Aunque la naturaleza de sus funciones justificaba la forma pública de personificación, su Ley creadora establecía expresamente que su actividad debía someterse al Derecho privado³⁵.

Éste era el panorama en nuestro Derecho interno cuando se aprueban las primeras Directivas comunitarias de contratación pública, ya en la década de los setenta, cuando las autoridades europeas toman conciencia de que la práctica, tan extendida en todos los países, de utilizar la contratación pública como un instrumento de política económica para poner en marcha medidas de lucha contra el paro, favorecer la compra de productos fabricados en determinadas regiones cuyo crecimiento convenía incentivar, y ayudar a las empresas nacionales, impedía la libre competencia de las empresas comunitarias y afectaba directamente a los derechos que el Tratado pretendía garantizar.

Es por ello por lo que la normativa comunitaria, a la que resulta indiferente el régimen jurídico de los contratos, establece una serie de reglas que sólo pretenden garantizar la publicidad, y unos procedimientos reglados de adjudicación a los que puedan presentarse en condiciones de igualdad con las empresas nacionales las de otros países miembros.

³⁴ Esta identidad entre personalidad jurídica y régimen aplicable sólo se había roto en contadísimas ocasiones. A este respecto, DEL SAZ, «Huida del Derecho administrativo. Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», núm. 133 de esta REVISTA, 1994.

³⁵ Esta práctica, que se sustentó sobre la previsión del artículo 2.8 de la Ley de Contratos del Estado, que excluía del ámbito de aplicación de la misma los contratos exceptuados expresamente por una ley, fue respaldada por la Ley General Presupuestaria, que, lejos de evitarlo, vino a propiciarla al incluir primero dentro de las sociedades estatales a las entidades de Derecho público que ajustaban su actuación al Derecho privado y, posteriormente, al dar carta de naturaleza a las entidades públicas con régimen jurídico singular o a la carta. Eran las conocidas como entidades del 6.5 de la Ley General Presupuestaria, en la redacción dada a la misma por la Ley.

Pero mientras que para las Directivas comunitarias debía considerarse contratación pública la realizada por los poderes adjudicadores, en los que incluían tanto las Administraciones territoriales como los organismos de Derecho público, España siguió insistiendo en excluir de la normativa europea de contratación a los organismos y entidades a los que, por decisión del legislador nacional, ya no resultaba de aplicación la LCE³⁶.

Al principio, y a falta de una definición acabada de lo que debía entenderse por organismo de Derecho público, se aprovechó discretamente el Anexo de las Directivas en el que se relacionaban los poderes adjudicadores de cada uno de los Estados miembros, cuya elaboración y actualización era responsabilidad de cada Estado. Así, para nuestro país, el Anexo de la Directiva 71/305, relativa a los contratos públicos de obras, sólo incluía las entidades sujetas a la LCE, aunque ya una primera sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1988 (*Geobroeders Beentjes BV*), dejaba bien claro que el concepto de poder adjudicador, mucho más allá de lo que dijeran los Anexos, debía recibir una interpretación funcional, pues «*el fin de la Directiva tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras se vería comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desarrollar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la administración del Estado*».

La LCAP, la 13/1995, hizo caso omiso a esta interpretación, pues si bien es verdad que vino a corregir la situación anterior, sólo lo hizo parcialmente y para cubrir las apariencias. No debe olvidarse que la redacción del Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el gobierno seguía excluyendo de su aplicación a las entidades de Derecho público y privado que sometían su actividad al Derecho privado³⁷, y si bien es verdad que la redacción que finalmente se aprobó reproducía la definición literal de las Directivas sobre organismo de Derecho público, lo hacía con un matiz de alcance pues hacía coincidir el término «organismo de Derecho público» con «organismo con personalidad jurídico-pública», dejando fuera de la aplicación de los procedimientos de licitación y adjudicación a los contratos celebrados por las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, para cuya actividad de contratación sólo se exigía se respetasen los principios generales de publicidad y concurrencia, lo cual no dejaba de tener relevancia habida cuenta

³⁶ DEL SAZ, «Los contratos de la Administración y el Derecho comunitario», en VV.AA., *El desarrollo del Derecho administrativo europeo*, Barcelona, 1992.

³⁷ Así lo ponía de relieve el Dictamen del Consejo de Estado 214/92, sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en el que se afirmaba que las reformas derivadas de las exigencias de las Directivas comunitarias tenían un carácter parcial al centrarse de manera exclusiva en lo relativo a la adjudicación de los contratos, omitiendo cualquier referencia a la ejecución de los mismos, limitación que se explica únicamente por la finalidad que ésta persigue, que no es otra que la de asegurar la creación de un mercado único europeo basado en la libre competencia de las empresas de todos los Estados miembros en la contratación pública de cada uno de ellos.

de la utilización que, desde años antes, venía haciéndose de las sociedades mercantiles para el ejercicio de funciones de interés general, incluida la contratación de obra pública, ajenas por completo a las reglas del mercado³⁸.

A pesar de la insistencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en recordar que el concepto de organismo de Derecho público era un concepto funcional que venía determinado por el cumplimiento de los tres requisitos a los que después me referiré, fue necesaria una condena expresa del citado Tribunal para que nuestro legislador incorporase con toda amplitud el concepto de organismo de Derecho público tal y como había sido definido por las Directivas comunitarias en materia de contratación.

En efecto, como bien relata el Informe del Consejo de Estado sobre la LCSP, una primera llamada de atención se produjo con la sentencia de 15 de mayo de 2003, que condenaba al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE, en materia de recursos de contratación, por no haber extendido el sistema de recursos contemplado en la mencionada Directiva a las decisiones adoptadas por sociedades de Derecho privado que cumplían los requisitos de los organismos de Derecho público. Precisamente, lo que entonces, con escaso éxito, invocó el gobierno español en su defensa es que la declaración de incumplimiento por defectuosa transposición de la Directiva 89/665/CEE se estaba basando en el incumplimiento de las Directivas clásicas en materia de contratación y que ese incumplimiento no se había declarado.

La inaplicación de la normativa comunitaria por una defectuosa transposición del ámbito subjetivo de las Directivas se reiteró nuevamente por la sentencia de 16 de octubre de 2003, aunque esta vez ya en relación con un caso concreto, la adjudicación de un contrato de obras para la construcción de un centro educativo penitenciario que había llevado a cabo una sociedad mercantil pública, SEIPSA, que cumplía todos los requisitos de la normativa comunitaria para ser considerada poder adjudicador.

Consecuencia de las anteriores sentencias, la Ley 62/2003 vino a modificar la redacción del artículo 2.1 de la LCAP, pues incluyó expresamente a las sociedades de Derecho privado siempre y cuando cumplieran los requisitos necesarios para ser consideradas poder adjudicador, aunque sólo para los contratos afectados por la normativa comunitaria. También se modificó la Disposición adicional sexta, cuya aplicación quedaba limitada a los contratos de las sociedades mercantiles no sujetos a la normativa comunitaria.

Una nueva sentencia de 13 de enero de 2005 volvió a declarar el incumplimiento por nuestro país de la normativa comunitaria en materia de con-

³⁸ La aplicación parcial de la Ley de Contratos a las sociedades mercantiles que no realizaban actividades comerciales o industriales no hubiera sido una novedad. Debe recordarse que el Reglamento de Contratos del Estado de 1967 obligaba a las empresas públicas (sociedades mercantiles de capital público) a adjudicar los contratos que celebrasen de acuerdo con la legislación de contratos, salvo que sus normas constitutivas lo prohibiesen expresamente o la naturaleza del tráfico que realizaban fuera del todo incompatible con aquéllas. Véase a este respecto DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo: su reserva constitucional», en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 66.

tratación pública, entre otras razones por excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos a las entidades de Derecho privado que reúnan la condición de poderes adjudicadores, recordando una vez más que la calificación de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público sólo dependerá de si cumple o no los tres requisitos acumulativos de las Directivas 93/36m y 93/37, «sin que el estatuto de derecho privado de esa entidad constituya por sí solo un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas».

Nuestro legislador, mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, dio todavía un paso más al incluir en el ámbito de aplicación de la LCAP, al igual que dos años antes había hecho con las sociedades mercantiles públicas, a las fundaciones del sector público, siempre y cuando reunieran los requisitos contemplados en la normativa comunitaria para ser consideradas poderes adjudicadoras.

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCAP se modificó todavía una vez más por la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, con la que se abandona el sistema seguido tradicionalmente para identificar a las entidades de Derecho privado sometidas a la LCAP, optándose por acoger los elementos que habían servido a las Directivas comunitarias para definir la existencia de un poder adjudicador.

3.2. *Los diferentes niveles de aplicación de la LCSP*

A la vista de lo expuesto, se puede afirmar que, tras las últimas modificaciones legislativas, las Directivas comunitarias en materia de contratación pública ya estaban incorporadas a la normativa sobre contratación pública, al menos en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación. Pero la LCSP no se ha limitado, al determinar el ámbito subjetivo de aplicación, a transponer las Directivas comunitarias; ha ido algo más allá, como se deduce de su propio título: «Contratos del Sector Público».

De acuerdo con su artículo 3, la LCSP se aplica a la actividad de contratación de todos los entes del sector público, incluso a los que no están afectados por la normativa comunitaria, y esto sí que resulta una verdadera novedad si recordamos de dónde venimos, ya que hasta ahora, y salvo en la aplicación de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia a los que remitía la Disposición adicional sexta de la LCAP, las entidades del sector público que no se consideraban poderes adjudicadores quedaban al margen de la regulación de la contratación pública, incluidas las normas relativas a capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar.

Precisamente por ello, la Ley comienza delimitando qué entidades de Derecho público³⁹ y privado⁴⁰ forman parte del sector público, las cuales

³⁹ Dentro de las entidades con personalidad jurídico-pública, además de las Administraciones territoriales y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se citan

coinciden, aunque ampliadas para el resto de Administraciones territoriales, con las que la Ley General Presupuestaria incluye en el sector público estatal⁴¹. En honor a la verdad, la LCSP precisa un poco más al referirse a categorías concretas —universidades públicas, administraciones independientes, agencias estatales, etc.—, a las que la LGP incluye en el cajón de sastre de las demás entidades de Derecho público.

En todo caso, esta alusión expresa a las distintas categorías que componen el sector público se completa con una cláusula de cierre, la del apartado *h)* del artículo 3.1, que reproduce literalmente la definición de organismo de Derecho público del artículo 2.9 de la Directiva, de forma que, sea cual sea la tipología de entidades de Derecho público que puedan surgir, las que se establezcan para las entidades locales o las que puedan crear las Comunidades Autónomas, y las figuras de Derecho privado que las Administraciones puedan utilizar como medios instrumentales, si cumplen los requisitos del Derecho comunitario, estarán incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley pues estarán incluidas en el sector público.

Dentro del *sector público*, la Ley distingue tres tipos de organismos y entidades a los efectos de determinar qué preceptos o normas les resultan de aplicación, lo que conduce a un régimen de Derecho público más o menos intenso según que se trate de Administraciones públicas, poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas y otros entes del sector público.

Aun así, la Ley de Contratos, por expreso mandato del legislador europeo, contiene también normas de preparación y adjudicación de contratos celebrados por entidades privadas, por particulares dice la Ley, que ni siquiera forman parte del sector público. Es el caso de los contratos subvencionados⁴² y los contratos de obras que, en determinadas condiciones, adju-

expresamente los distintos organismos públicos de la LOFAGE —organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales—, las administraciones reguladoras independientes a las que la Ley se refiere como entidades de Derecho público con personalidad jurídica vinculadas o dependientes de un sujeto del sector público con funciones de regulación o control de carácter externo sobre una determinada actividad, los consorcios y las universidades públicas.

⁴⁰ Las entidades privadas que forman parte del sector público a las que la Ley se refiere expresamente son las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades laborales profesionales de la Seguridad Social, a las que la Ley General Presupuestaria ya incluye en el sector público, y las sociedades mercantiles y fundaciones, siendo el elemento determinante de su inclusión la titularidad mayoritaria por parte de entidades de Derecho privado o de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, tal y como establece el artículo 166.1.c) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas para el caso de las sociedades, o la aportación mayoritaria de las entidades antes mencionadas en su creación en el caso de las fundaciones, que es el criterio seguido por el artículo 44 de la Ley 5/2002, de Fundaciones.

⁴¹ Artículo 2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

⁴² Los contratos subvencionados en más del cincuenta por ciento de su importe por los poderes adjudicadores, aun cuando se adjudiquen por los particulares que no forman parte del sector público o por otros entes del poder público que no sean poderes adjudicadores, y siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria, es decir, cuando se trate de un tipo concreto de contratos de obras y servicios vinculados a ellas y superen el umbral previsto para los contratos armonizados (art. 17.2), se sujetan a la regla contemplada en el artículo 43.3 sobre acreditación de solvencia del empresario y aplicación

diquen los concesionarios de obras públicas⁴³. La Ley establece unas normas específicas para cuando estos contratos se celebren por particulares o por entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, pues cuando estos mismos contratos se adjudican por una Administración pública o por otros poderes adjudicadores se sujetarán a las reglas propias de cada tipo de entidad.

Pues bien, de todas las entidades del sector público, la decisión de qué entidades son Administraciones públicas sólo depende de consideraciones de política interna, de la voluntad del legislador nacional de que su actividad de contratación quede íntegramente sometida al Derecho administrativo.

De la enumeración de las figuras que se consideran Administraciones públicas: las Administraciones territoriales, los organismos gestores de la Seguridad Social⁴⁴, los organismos autónomos⁴⁵, las universidades públicas y las Administraciones o reguladores independientes, se han omitido las agencias estatales⁴⁶ y los consorcios, lo cual no implica que no puedan ser Administraciones públicas, sino que sólo se considerarán tales si cumplen los requisitos que, a modo de cláusula de cierre, establece el artículo 3.2 para las entidades públicas vinculadas o dependientes, requisitos que hacen referencia a su actividad.

La intención del legislador ha sido la de hacer coincidir el concepto de Administración pública con el que la Ley General Presupuestaria denomina sector público administrativo. Esto es lo que justifica que no se consideren Administraciones públicas a las entidades públicas empresariales y entida-

a la prohibición de contratar del artículo 49.1.a), y para la preparación y adjudicación la misma regulación que los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas en lo relativo a preparación y adjudicación de los contratos (arts. 121 y 177 LCSP). Finalmente, se otorga la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación al titular del órgano que hubiera otorgado la subvención, lo que afecta también a los contratos subvencionados otorgados por los poderes adjudicadores.

⁴³ El artículo 250 establece normas específicas para adjudicación de los contratos de obras por los concesionarios de obras públicas, con independencia de que formen parte o no del sector público, siempre y cuando no se trate de poderes adjudicadores. La adjudicación de esos contratos requerirá que se sigan las normas relativas a publicidad que siguen los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas para los contratos armonizados y se regulan plazos especiales de presentación de ofertas y prórroga de los plazos en determinadas circunstancias, declarándose aplicable la prohibición de contratar del artículo 49.1.a) en relación con los adjudicatarios de esos contratos, lo que implica que las disposiciones generales del Libro I sobre contratos del sector público no les resultan de aplicación.

⁴⁴ Les son aplicables las previsiones de la LOFAGE respecto de los organismos autónomos en materia de contratación (DA 6.ª LOFAGE).

⁴⁵ Se les aplican las reglas de la contratación de las Administraciones públicas (art. 49 LOFAGE).

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que la Ley 28/2006 establece que la actividad de contratación de estas entidades se sujetará a las reglas de contratación del sector público, sin especificar a cuál de los diferentes niveles de aplicación deben reconducirse. En todo caso, en cuanto que sus recursos económicos pueden provenir de transferencias de la Administración matriz pero también de los ingresos que perciban como contraprestación de las actividades que realizan, ya sea para otras Administraciones o entidades públicas, ya sea para particulares, deberá determinarse, caso por caso, si son Administraciones u otros poderes adjudicadores.

des y organismos similares de las Comunidades Autónomas y entidades locales que, aun pudiendo reunir en determinados casos los requisitos generales para poder ser considerados Administraciones públicas⁴⁷, están expresamente excluidos del régimen de contratación de éstas.

Ello, no cabe duda, tiene efectos relevantes sobre la contratación de las entidades públicas empresariales, que antes, cuando tenían la condición de poder adjudicador, estaban equiparadas a las Administraciones públicas en cuanto al régimen jurídico de sus contratos y ahora se mueven en un segundo nivel de aplicación, pues son contratos privados y sólo se les aplicará la regulación más estricta relativa a publicidad y procedimientos de licitación cuando celebren contratos armonizados.

Los requisitos que debe reunir una entidad del sector público para ser considerada Administración son: i) que se trate de entidad vinculada o dependiente de una o varias Administraciones públicas; ii) que tenga personalidad jurídico-pública; iii) que cumpla cualquiera de los dos requisitos que se refieren a su actividad y a su financiación, requisitos que no tienen carácter acumulativo⁴⁸.

En efecto, son Administraciones públicas aquellas entidades cuya actividad principal no consiste en la producción de bienes y servicios en régimen de mercado y destinados al consumo o las que realizan operaciones de redistribución de la renta, no pudiendo tener en ningún caso ánimo de lucro, lo cual, dicho sea de paso, no deja de ser discutible pues es más que dudoso que una entidad de Derecho público, aun realizando una actividad de producción de bienes y recibiendo una contraprestación a cambio, pueda tener ánimo de lucro, característica hasta ahora exclusiva de las sociedades mercantiles.

No obstante, y aun cuando no se cumpla el criterio anterior, como ambos requisitos no son acumulativos, también se consideran Administraciones públicas las entidades cuya financiación no provenga mayoritariamente de los ingresos que obtengan como contrapartida de la venta de bienes y servicios.

Esta definición de Administración pública, con la que se establece una cláusula de cierre para encajar todo tipo de entidades creadas a la carta y que no responden a los modelos citados expresamente, es, no cabe duda, bastante más restrictiva que la que la Directiva 2004/18/CE⁴⁹ contiene para los poderes adjudicadores.

⁴⁷ A tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la LOFAGE, las entidades públicas empresariales pueden realizar actividades de prestación, de gestión de servicios y de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, pero ello no implica que esta última tenga que ser siempre su actividad principal o que, aun siéndolo, su financiación proceda mayoritariamente de los ingresos obtenidos a cambio.

⁴⁸ Los requisitos que se establecen reproducen literalmente la definición de la LGP de las entidades de Derecho público que forman parte del sector público administrativo estatal.

⁴⁹ «Son considerados poderes adjudicadores el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos de Derecho Público.

Es considerado organismo de Derecho Público cualquier organismo:

Una vez superada, bien es verdad que a la fuerza, la interpretación interesada de nuestro legislador, según la cual, como la Directiva comunitaria hablaba textualmente de «organismos de Derecho público», los poderes adjudicadores sólo podían ser personas de Derecho público, resulta que pueden ser poderes adjudicadores cualquier tipo de personas jurídicas con independencia de su forma de personificación y régimen jurídico siempre que cumplan los demás requisitos previstos en la Directiva. Así pues, las entidades con personalidad privada como las sociedades o las fundaciones nunca podrán considerarse Administración pública a efectos de contratación, aunque se financien con dinero de los presupuestos y no realicen una actividad mercantil o industrial.

Por otra parte, para ser poder adjudicador, tal y como ha señalado la jurisprudencia europea, no sólo es indiferente cuál sea la actividad principal de las entidades, pues basta que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, aunque este tipo de funciones constituyan una parte mínima de su actividad, sino que además, como veremos a continuación, aunque su actividad sea propiamente mercantil o industrial, esto es, consista en la producción de bienes o servicios, ello no impide que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil.

En todo caso, no hay que olvidar que se equiparan a las Administraciones públicas, de hecho lo son, las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los territorios históricos del País Vasco, y los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control de las Comunidades Autónomas, aun no siendo Administraciones públicas, tienen, por expreso deseo del legislador, el mismo tratamiento que éstas en lo que respecta a su actividad contractual (DA 3.^a)

Es a estas entidades, las Administraciones públicas, a las que la Ley se aplica con mayor intensidad, mucho mayor que la exigida por el Derecho comunitario, pues se aplica a todos sus contratos, con independencia de que estén o no afectados por la normativa comunitaria, las reglas relativas a los actos preparatorios, pero también las que regulan los efectos, cumplimiento y extinción, que siguen siendo contratos administrativos como ya lo eran.

En un segundo nivel de aplicación se encuentran las entidades de Derecho público o las entidades de Derecho privado pertenecientes al sector público que, no siendo Administraciones públicas, cumplen los requisitos definidos en el artículo 1.9 de la Directiva para ser consideradas poderes

a) *creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;*

b) *dotado de personalidad jurídica y*

c) *cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales, u otros organismos de Derecho Público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público» (art. 1.9 Directiva 2004/18/CE).*

adjudicadores, dentro de los que se incluyen tanto los organismos de Derecho público del Derecho comunitario como la asociación de Administraciones territoriales y de organismos de Derecho público.

Con buen criterio, en esta ocasión la Ley ha optado por reproducir literalmente la definición de organismo de Derecho público del Derecho comunitario a partir del cumplimiento de los tres requisitos acumulativos⁵⁰ presentes en las Directivas clásicas: i) que tengan personalidad jurídica propia, a cuyos efectos es irrelevante que sean personas públicas o privadas; ii) que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil, y iii) finalmente, que ejerzan sobre ellas un cierto control, bien porque estén financiadas mayoritariamente por éstos⁵¹, porque controlen su gestión⁵² o porque nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración.

Cada uno de estos requisitos ha venido siendo precisado por la jurisprudencia comunitaria, aunque quizás el que mayores problemas sigue planteando es el segundo, es decir, determinar cuándo un organismo ha sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

A estos efectos, el Tribunal de Justicia ha considerado que existen necesidades de interés general con carácter mercantil o industrial pues, aunque lo normal es que las necesidades de interés general no se satisfagan en el mercado, pueden darse casos en que, pudiéndose satisfacer de esta forma, el Estado prefiere desarrollarlas por sí mismo o, aun dejándolas al mercado, mantiene sobre ellas una influencia determinante⁵³.

Por ello, para saber si se cumple este requisito, el Tribunal analiza primeramente si el organismo sirve a necesidades de interés general, para luego determinar si estas necesidades tienen carácter mercantil e industrial o no.

Pues bien, el servicio a las necesidades de interés general se ha apreciado en forma muy amplia por el Tribunal, pues ha estimado que las cumplen aun cuando la relación entre la actividad instrumental y los intereses públicos sea indirecta. Así, caso por caso, y sin ánimo de ser exhaustivos, el Tribunal ha ido señalando que cumple esta condición, la satisfacción de necesidades de interés general, una entidad que se ocupa de la organización de

⁵⁰ Sentencia de 15 de enero de 1998 (as. *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, C-44/96).

⁵¹ Respecto a la financiación, resulta relevante la STJE de 3 de octubre de 2000 (*University of Cambridge*), donde se determina que no todas las cantidades entregadas por los poderes públicos deben considerarse que forman parte de la financiación a los efectos de la definición de organismo de Derecho público, pues únicamente cabrá calificar como tal las prestaciones que se entreguen sin contraprestación alguna por parte del organismo de Derecho público.

⁵² Señalar que, de acuerdo con la STJE de 27 de febrero de 2003 (*Adolf Truley GmbH*), no se cumple este requisito cuando el control se realiza sólo a posteriori, lo que implica la imposibilidad de influir en las decisiones de contratación de la entidad adjudicadora.

⁵³ STJE de 10 de noviembre de 1998 (*Gemeente y BFI Holding BV*) y STJE de 10 de mayo de 2001 (*Agorà Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano*).

ferias, exposiciones y otras iniciativas similares porque permite a los usuarios una información veraz y de primera mano sobre los productos anunciados; una entidad que se ocupa de los servicios funerarios; una entidad que se ocupa de la recogida y tratamiento de residuos sólidos; una sociedad de construcción y arrendamiento de inmuebles en la medida en que repercute en el fomento de la industria en una determinada zona⁵⁴; una sociedad gestora de viviendas de alquiler a precios moderados⁵⁵; una imprenta utilizada para imprimir determinados documentos de carácter confidencial o sujetos a normas de seguridad (pasaportes, permisos de conducir, documentos de identidad, Diarios oficiales)⁵⁶, etc.

En cualquier caso, en nuestro ordenamiento es todavía mucho más sencillo. La conexión directa o indirecta entre la actuación de cualquier entidad perteneciente al sector público y la satisfacción de necesidades de interés general siempre está asegurada porque, por imperativo del artículo 103 CE, la Administración sirve al interés general, y ello se predica de la Administración como poder público distinto de los demás poderes constitucionales, y no sólo de las Administraciones públicas en el sentido de la LCSP.

Más complicado resulta, sin embargo, determinar si las necesidades de interés general a las que sirven las entidades pertenecientes al sector público tienen o no carácter mercantil o industrial y, para ello, al Tribunal de Justicia no le basta con que las entidades públicas realicen actividades de carácter mercantil o industrial, sino que tiene en cuenta cómo las llevan cabo.

Lejos de lo que pudiera parecer, y aunque puede ser un indicativo de que las necesidades generales a las que sirven tienen carácter mercantil o industrial el que las entidades públicas actúen en régimen de competencia, con ánimo de lucro y soportando en su caso las pérdidas que les genere su actividad, éste no es un factor determinante. Según el Tribunal de Justicia, cuando la actividad de estas entidades sea de tal relevancia pública que la Administración estaría dispuesta a asumir en un momento dado sus pérdidas y no las dejaría entrar en quiebra⁵⁷, cuando la Administración está dispuesta a asumir los costes de algunas de sus prestaciones o interviene sobre las contraprestaciones que pueden recibir por su actividad⁵⁸, o cuando realizan una actividad mercantil o industrial sobre la que el Estado ha decidido mantener una influencia dominante⁵⁹, estaríamos hablando de poderes adjudicadores.

En todo caso, no es la primera vez que una Ley, tras establecer las reglas generales, se encarga de prever las necesarias excepciones, como demuestra su Disposición adicional vigésima quinta, que viene a asimilar el régimen de contratación de las entidades públicas empresariales al de una serie de organismos que encajarían entre las Administraciones públicas: Instituto

⁵⁴ STJE de 22 de mayo de 2003 (*Taitotalo Oy*, C-18/2001).

⁵⁵ STJE de 1 de febrero de 2001.

⁵⁶ STJE de 15 de enero de 1998 (*Mannesmann Alagenbau Austria y otros*).

⁵⁷ STJE de 22 de mayo de 2003.

⁵⁸ STJE de 27 de febrero de 2003.

⁵⁹ STJ de 10 de noviembre de 1998.

Español de Comercio Exterior, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias y, aunque sólo para determinados contratos, el Museo del Prado. A ellos todavía hay que añadir la sociedad estatal SEPI.

La aplicación de la Ley de Contratos a la actividad de contratación del resto de poderes adjudicadores es mucho menos intensa que para las Administraciones públicas, pues se limita a transponer las prescripciones que en relación a la publicidad, licitación y adjudicación de los contratos públicos imponen las Directivas comunitarias, lo que obliga a diferenciar, para los contratos que celebran, entre los que están sometidos a la regulación comunitaria de los que no lo están.

Para los primeros resultan de aplicación determinadas reglas generales de los contratos del sector público del Libro I —algunas de ellas sólo resultan aplicables a las Administraciones públicas—, las reglas relativas a la definición y establecimiento de prescripciones técnicas y las relativas a las condiciones especiales de ejecución de los contratos, y la información sobre las obligaciones relativas a fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales y condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, y, finalmente, la reducción de plazos por motivos de urgencia. En cuanto a la adjudicación, las normas aplicables son las mismas contempladas para la Administración aunque rebajadas, pues aunque se mantiene la exigencia de publicidad en el *Diario Oficial de la Unión Europea* se les exime de la publicidad en los Diarios oficiales internos, la cual se sustituye por la que se realiza con la inserción de la convocatoria en la denominada plataforma de contratación del Estado, en la que se dará publicidad a través de Internet de las convocatorias y resultados de las adjudicaciones.

No se aplican tampoco las reglas relativas a la intervención de un comité de expertos para la valoración de los criterios subjetivos que se hayan establecido para la baremación de las ofertas y, en consecuencia, las reglas previstas para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación. Tampoco se les aplican las reglas relativas a la apreciación de las ofertas anormales o desproporcionadas, las relativas a la formalización de los contratos, y, finalmente, tampoco les resultan de aplicación los supuestos en los que es posible acudir al procedimiento negociado en el caso de gestión de servicios públicos.

En cuanto al resto de los contratos de los poderes adjudicadores que no se encuentran sometidos a regulación armonizada, las exigencias de la LCSP son infinitamente menores pues ya no se aplican procedimientos reglados de licitación, los cuales son sustituidos por la aplicación de los consabidos principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. El principio de publicidad se da por cumplido con la publicación en el perfil del contratante —información relativa a la actividad de contratación, a la que puede tenerse acceso a través de Internet— de las licitaciones de contratos superiores a 50.000 euros, mientras que los procedimientos reglados de adjudicación se sustituyen por unas instrucciones de obligado cumplimiento que se difundirán por el mismo sistema del perfil del contratante.

No obstante lo anterior, tal y como pone de manifiesto la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C179/02), al Derecho comunitario no le resulta irrelevante cómo los poderes adjudicadores adjudican los contratos no sujetos a las Directivas, los contratos no armonizados según la terminología de la Ley, porque no alcanzan los umbrales establecidos o, alcanzándolos, se refieren a servicios no incluidos.

Por ello se obliga a cada entidad contratante a valorar, caso por caso, si el contrato tiene importancia para el mercado interior, en cuyo caso la licitación deberá ser suficientemente anunciada por medios tales como el sitio web de la entidad —perfil del contratante—, Boletines oficiales nacionales o Boletines especializados, publicaciones locales, *DOUE*, etc. Ninguno de estos medios es obligatorio, aunque la ausencia de publicidad por cualquiera de ellos llevaría al incumplimiento de los principios de la contratación pública y, en consecuencia, a la infracción del Derecho comunitario, salvo que se tratara de un supuesto de los contemplado en las Directivas para el procedimiento negociado sin publicidad. Se exige también que se garantice la imparcialidad de los procedimientos que se vayan a utilizar y que deberán ser conocidos por los licitadores: el objeto del contrato no puede ser discriminatorio, no podrán establecerse cláusulas que supongan un beneficio directo o indirecto para las empresas nacionales o establecidas en la misma región que la entidad adjudicadora, deberán establecerse plazos adecuados. Finalmente, tanto la decisión de limitar los candidatos invitados a presentar ofertas, que podrá realizarse mediante criterios que tengan que ver con la experiencia, solvencia, etc., como la decisión misma de adjudicación del contrato deberán adoptarse conforme al principio de igualdad, sobre todo en los casos en que los procedimientos establezcan una negociación con los licitadores, cuidando de que todos ellos tengan acceso a la misma información.

Un tercer y último nivel de aplicación es el contemplado por la Ley para la actividad de contratación de las entidades y organismos del sector público que no son poderes adjudicadores por no estar sometidos a la normativa comunitaria, es decir, aquellos que o bien han sido creados para la satisfacción de necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil o que no están controlados o financiados por los poderes públicos. Teniendo en cuenta que los requisitos para ser poder adjudicador son acumulativos, la falta de cualquiera de ellos implicará la inaplicación de las Directivas y, en consecuencia, sus contratos nunca serán contratos sometidos a regulación armonizada.

Pues bien, en su actividad de contratación, estas entidades del sector público sólo están sometidas a las reglas generales que se establecen para todos los contratos del sector público, y en concreto las relativas a la justificación de la idoneidad del contrato; criterios generales para determinar su duración; las reglas sobre el contenido mínimo y forma escrita; la obligación de información al Tribunal de Cuentas; el perfil del contratante, las re-

glas relativas a capacidad y prohibiciones de contratar; criterios de solvencia y formas de acreditarla, sin que resulte de aplicación la clasificación, y, finalmente, las reglas para calcular el valor estimado de los contratos. Pero las reglas para su adjudicación son muy similares a las que se contemplaban en la LCAP para las sociedades mercantiles, pues se limitan a remitirse a unos principios generales y a recordar la obligación de adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa, que deberán concretarse en normas internas que deberán darse a conocer a través del perfil del contratante.

4. EL RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: ENTRE EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL OBJETIVO DE LA NO PARALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Una de las novedades que presenta la LCSP es la de haber regulado un nuevo recurso administrativo en materia de contratación, pues en todo caso se resuelve por un órgano administrativo⁶⁰, con el que se pretende dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 89/665/CEE, sobre todo desde que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 condenara a nuestro país por no haber extendido el recurso en ella contemplado a los actos relativos a la adjudicación de los contratos sometidos a las Directivas en materia de contratación pública, fuera cual fuera la personalidad jurídica de la entidad adjudicadora⁶¹, y, de paso, por no arbitrar medidas cautelares independientemente de que se hubiera planteado un recurso en cuanto al fondo.

Sin embargo, este recurso se limita a dar cumplimiento a los requisitos comunitarios, sin que el legislador se haya planteado en ningún momento consagrarlo como recurso general en materia de contratación en relación con los actos previos, es decir, los denominados tradicionalmente actos separables.

Prueba de ello es que, de acuerdo con el artículo 37 LCSP, sólo pueden ser objeto de este recurso administrativo especial las decisiones de los poderes adjudicadores que recaigan en el procedimiento de licitación de los contratos sujetos a regulación armonizada y de los contratos de gestión de servicios públicos que reúnan determinadas características. De ahí que convivan con el recurso especial los recursos administrativos ordinarios regula-

⁶⁰ La competencia para resolver este recurso corresponde al órgano administrativo cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, al titular del departamento, al órgano al que esté adscrita la entidad contratante o al que pertenezca su tutela si ésta no tiene el carácter de Administración pública (art. 37.4 LCSP).

⁶¹ En este punto, la sentencia se refiere a las sociedades mercantiles que son poderes adjudicadores, las cuales no se encontraban sometidas a la LCAP y, en consecuencia, no existía recurso alguno contra los actos de preparación y adjudicación de sus contratos, por la sencilla razón de que no les resultaban de aplicación, de acuerdo con el Derecho interno, los procedimientos de adjudicación de la LCAP.

dos en la Ley 30/1992, para los actos separables de los contratos de las Administraciones públicas no sujetos a regulación armonizada y aquellos otros actos, como la adjudicación definitiva, que, aun dictados en el procedimiento de adjudicación de un contrato armonizado, no son objeto del recurso especial.

Tal y como aparece diseñado en la LCSP, el recurso especial es un recurso obligatorio y previo al recurso contencioso-administrativo que pone fin a la vía administrativa contra determinados actos de trámite, todos ellos anteriores a la adjudicación definitiva del contrato; en concreto, contra los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la licitación y cualesquiera de los actos de trámite adoptados en el procedimiento de licitación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento —incluida la anulación de la convocatoria⁶²— o produzcan un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

El resto de defectos o vicios de legalidad de los actos preparatorios sólo podrán ser alegados con motivo de la impugnación de la adjudicación provisional.

Con esta regla se reproduce la contenida en el artículo 107 de la Ley 30/1992 para la impugnación de los actos de trámite, pero ¿sigue vigente la jurisprudencia sobre los actos de trámite cualificados?

Hasta ahora, la falta de recurso contra la convocatoria de la licitación implicaba, según una ya consolidada jurisprudencia, que en la impugnación de la adjudicación no podían traerse a colación por quienes hubieran participado en el procedimiento de licitación los vicios de la convocatoria no recurrida pues, de alguna manera, habían admitido la ley del concurso y la habían consentido. Por razones similares relacionadas con la falta de legitimación, se impedía que quien no hubiera recurrido en su momento la convocatoria de la licitación y no hubiera participado en el procedimiento pudiera recurrir la adjudicación del contrato.

Pues bien, aunque la legitimación para el recurso especial viene recogida de la forma más amplia porque incluye no sólo a los licitadores, sino a aquellos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, teniendo en cuenta la finalidad del recurso regulado en la Directiva 89/665/CEE, que no es otra que conseguir que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de la manera más eficaz y lo más rápidamente posible, ¿podría impedirse que un interesado que no hubiera tomado parte en el procedimiento, y sin haber recurrido la convocatoria, pudiera recurrir la adjudicación provisional mediante este recurso?

⁶² Este recurso especial cumpliría los requisitos de la normativa comunitaria teniendo en cuenta que permite recurrir un acuerdo del poder adjudicador por el que se cancela una licitación con posterioridad a la apertura de ofertas (STJE de 2 de junio de 2005 —*Koppenteiner GMBH y Bundesimmobiliengesellschaft mbH*—).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la legitimidad de una regulación que impida a quienes no han sido licitadores recurrir la adjudicación provisional con base en la ilegalidad de la convocatoria cuando previamente no han recurrido ésta⁶³, y estas mismas razones —impedir el efecto útil de la Directiva, propiciando justamente el efecto contrario— parecen predicables de los licitadores que, en su momento, no hubieran recurrido la convocatoria, habiendo esperado al resultado de la valoración para impugnar la adjudicación que no les favorece.

Consecuencia de la finalidad a la que sirve este recurso especial es el acortamiento de los plazos usuales en los recursos administrativos para la presentación del recurso —diez días hábiles—, subsanación de los defectos del escrito —tres días hábiles— y plazo para la resolución expresa —veinte días hábiles desde la interposición del recurso—, que cuando se trata de la adjudicación provisional conlleva la suspensión automática del expediente de contratación, que —a pesar del silencio negativo previsto para cuando transcurra el plazo máximo de resolución y notificación— se mantiene hasta que se dicte resolución expresa, la mejor vía para garantizar que la Administración hace sus deberes y cumple con su deber de dictar resolución expresa. Una buena metodología de aprendizaje que bien podría aplicarse con carácter general a todos los ámbitos de la actuación de las Administraciones públicas habida cuenta de que el silencio positivo consagrado por la Ley 30/1992, lejos de suponer un incentivo para que la Administración contestara a tiempo, ha servido de acicate para permitir que muchos órganos escurriesen sus responsabilidades concediendo por silencio positivo aquello que jamás habrían firmado en una resolución expresa.

Consecuencia también de la regulación comunitaria es la regulación, por vez primera, pues no se conocía en nuestro ordenamiento ni en el ámbito de los recursos administrativos ni en la jurisdicción contencioso-administrativa, de las medidas cautelares o provisionales, tal y como las denomina la LCSP, con carácter previo a la interposición del recurso especial, cuya eficacia una vez adoptadas se anuda a la interposición del recurso. No se establecen criterios específicos para la adopción de estas medidas, que podrán ser todas aquellas que permitan corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los interesados, incluida la suspensión del procedimiento, por lo que resultarán de aplicación los generales del artículo 111 de la Ley 30/1992 para los recursos administrativos, y que, en consecuencia, serán tributarias del peso específico que tiene el interés general en la ponderación de los intereses afectados por la medida cautelar. Es por ello por lo que resulta especialmente adecuado el haber atribuido al recurso contra la adjudicación provisional efectos suspensivos, obligándose a la Administración a resolver expresamente para poder levantar la suspensión.

⁶³ STJE de 12 de febrero de 2004.