

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

ACERCA DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, As. C-84/03 (*Comisión vs. Reino de España*), y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo¹

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

I. La constante huida del Derecho administrativo.—II. El ámbito subjetivo de las Directivas sobre contratación pública y su incorrecta incorporación al Ordenamiento jurídico español.—III. Los convenios interadministrativos y las reglas de la contratación pública.—IV. La interpretación estricta de los supuestos que legitiman el recurso al procedimiento negociado sin publicidad.—V. Conclusión.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, que condena al Reino de España por la inadecuada incorporación al Ordenamiento interno de las Directivas sobre contratación pública. Por otra parte, se da cuenta del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, instrumento a través del cual el Gobierno español ha intentado corregir la disconformidad de la legislación española con el Ordenamiento comunitario, puesta de manifiesto por la Sentencia anteriormente citada.

Palabras clave: contratación pública; definición de poder adjudicador; convenios de colaboración interadministrativos; uso del procedimiento negociado en casos no previstos por la Directiva.

ABSTRACT

This article comments the Court of Justice of the European Communities' judgement, of 15th January, 2005, which declares that the Spanish Kingdom failed to transpose correctly the Public Procurement Council Directives into its national legal system. Furthermore, the article reports about the Royal Decree-Law 5/2005, of 11th March, enacted by the Spanish Government to make the Spanish regulations consistent with the EU legal system requirements.

Key words: public contracts; definition of contracting authority; inter-administrative cooperation agreements; use of the negotiated procedure in cases not provided by the directive.

¹ Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Grupo Consolidado de Investigación sobre Administración, Economía, Sociedad y Territorio (ADESTER), reconocido por el Gobierno de Aragón (Ref. UZ-S62).

I. LA CONSTANTE HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El pasado 13 de enero de 2005, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvía mediante Sentencia un recurso por incumplimiento, de los previstos en el artículo 226 TCE, interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España el 26 de febrero de 2003, después de que este último no respondiese con sus actuaciones a los requerimientos de septiembre de 1997 y enero de 2001.

En dichos requerimientos, la Comisión reprochaba de nuevo algunas malas prácticas del Reino de España en materia de contratación pública, no conformes con las Directivas reguladoras vigentes en el momento, y en particular cuestiones relativas al ámbito subjetivo (entidades sometidas a las normas sobre contratación pública), objetivo (exclusión de los convenios interadministrativos), así como de carácter procedimental (supuestos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad).

La Sentencia de 13 de enero continúa la línea de las de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003, también de condena al Reino de España, y, por tanto, debe interpretarse en el mismo sentido que aquéllas, tal y como ya indicara GARCÍA DE ENTERRÍA, en clave de «censura política en toda regla»².

El nuevo «tirón de orejas» del Tribunal de Justicia se produce, paradójicamente, después de que el Estado español, a través de la Ley 62/2003, de 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, hubiese corregido (al menos en lo tocante al ámbito subjetivo) las deficiencias puestas de manifiesto por los pronunciamientos de mayo y octubre de 2003. Esto demuestra que la modificación legislativa introducida por el artículo 67 de la última Ley «de acompañamiento» en el RD Leg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), no fue correcta, conforme al Derecho comunitario, de manera que, a pesar de ella, se ha mantenido la situación de ilegalidad que con dicha modificación se pretendió subsanar³.

² Lo que se reprocha en esta nueva Sentencia no es la actuación de una Administración en un procedimiento de adjudicación concreto, sino que la legislación española en materia de contratos de las Administraciones Públicas simplemente no cumple los requisitos mínimos europeos en temas centrales de su contenido. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (2003a), «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia *Comisión c. España*, de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, págs. 471-487, y, también, (2003b) «Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120, págs. 667-677.

³ Y es que, tal y como ha puesto de manifiesto PIÑAR MAÑAS, la legislación española sobre contratos sólo puede ser correctamente entendida en el contexto del Derecho comunitario. «El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (2004), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, págs. 27-28.

Apenas dos meses después de conocerse esta nueva condena, el Gobierno español, alegando una situación de extraordinaria y urgente necesidad, mecanismo que parece haber sustituido a las extintas «leyes de acompañamiento a los Presupuestos Generales», ha dictado el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, con el objetivo de introducir reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005)⁴.

A pesar de las modificaciones que en materia de contratación pública introduce esta norma, ya anticipamos nuestra convicción de que las condenas al Reino de España no cesarán con la de 13 de enero que comentamos, pues, a nuestro parecer, con ellas no sólo no se han satisfecho totalmente las exigencias comunitarias, sino que además se ha introducido una incoherencia con respecto a lo dispuesto en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.

Si la solución no llega por la vía legislativa, la situación de constante huida del Derecho administrativo que en el fondo subyace deberá ser reprimida por otros medios, tanto desde los Tribunales, comunitarios y españoles, como desde las propias Administraciones. La aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, y del efecto directo de las Directivas cuando, transcurrido el plazo para la adaptación al Ordenamiento interno, se observaren ausencias, insuficiencias o deficiencias en la adaptación, y las prescripciones de dichos actos sean claras, precisas e incondicionadas, son algunos de esos medios alternativos⁵. Otro, nos atrevemos a proponer, podría ser el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de Derecho privado en aquellos casos en que sea flagrante la instrumentalidad del medio institucional utilizado, con el solo ánimo de defraudar o eludir las previsiones legales (fraude de ley)⁶.

⁴ El Real Decreto-Ley 5/2005 fue convalidado por el Congreso de los Diputados mediante Resolución de la Cámara de 7 de abril de 2005 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2005).

⁵ Sobre la cuestión, *vid.* Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (2002), «De nuevo sobre el efecto directo de las Directivas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, págs. 115-120.

⁶ Aunque el Tribunal Supremo ha utilizado la teoría del «levantamiento del velo» mayoritariamente referida al ámbito del Derecho privado, la primera Sentencia que la acogió, de 28 de mayo de 1984 (Ar. 2800), trataba el caso de una empresa pública municipal constituida para la gestión del abastecimiento de agua y del alcantarillado. En este pronunciamiento se estableció que «... la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, ... se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil), lo cual no significa —ya en el supuesto del recurso— que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe, cuál sea la auténtica y "constitutiva" personalidad social y eco-

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU INCORRECTA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El primer motivo de condena de la Sentencia de 13 de enero de 2005 se refiere a la exclusión injustificada de algunas sociedades de Derecho privado del ámbito de aplicación de la normativa española sobre contratación pública. Estas entidades pueden ser consideradas organismos de Derecho público, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y, por lo tanto, resultar poderes adjudicadores⁷.

Para la determinación del ámbito subjetivo, las Directivas, tal y como han indicado MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, adoptan un criterio mixto, de carácter definitorio, por una parte, y enumeratorio, de otra. De un lado, enumeran las figuras subjetivas definibles como públicas y, de otro, definen lo que son los organismos de Derecho público, atendiendo a unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica propia, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión⁸.

El apartado 3 del artículo 1 del TRLCAP, dedicado al «ámbito de aplicación subjetiva», somete a las prescripciones de la Ley relativas a capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hubiesen sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, cuando sobre ellas existiese la posibilidad de ejercer un control público, sea a través de una financiación mayoritariamente pública, un control de gestión, o el nombramiento de la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia.

El problema se presenta no con la redacción de este artículo, sino con la interpretación que del mismo hacía el Estado español, a pesar de haber

nómica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad "ex contractu" o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes" y menos "cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad", según la doctrina patria».

⁷ Debemos hacer notar que, a pesar de no haber variado el concepto de organismo de Derecho público, a los efectos de ser considerado poder adjudicador, su definición viene establecida ahora en el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

⁸ José Antonio MORENO MOLINA y FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS (2003), *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid, pág. 84.

sido condenado anteriormente por idéntica cuestión en mayo y octubre de 2003⁹.

Para el Estado español, siguiendo su criterio adoptado en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril), «entidad de Derecho público» supone personificación jurídica pública, no siéndolo aquellas de carácter privado, esto es, las sociedades mercantiles ni las fundaciones. En cambio, para el Derecho comunitario, organismo de Derecho público es aquel que: 1) ha sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; 2) dotado de personalidad jurídica, y 3) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por un ente público o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de este último, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de 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. La diferencia de interpretaciones radica en que, como han puesto de manifiesto, con carácter general, las SSTJCE de 15 de enero (*Mannesmann*) y de 10 de noviembre de 1998 (*BFI Holding*) y, con carácter particular para España, las SSTJCE de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003, para su consideración como organismo de Derecho público a efectos de las Directivas basta con que una entidad cumpla con esos tres requisitos, resultando indiferente su forma de constitución, sea pública, sea privada¹⁰.

Las autoridades comunitarias apuestan desde hace tiempo (STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*) por una interpretación funcional del

⁹ Sobre estas Sentencias de 2003 pueden consultarse, además de los comentarios de GARCÍA DE ENTERRÍA citados en nota 2, los de José Luis PIÑAR MAÑAS (2003), «La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJCE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 585; José Antonio MORENO MOLINA (2004), «Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000», en José María GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona; Belén NOGUERA DE LA MUELA (2004a), «El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en José María GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, y, también, (2004b) «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, págs. 17-45; y José Antonio RAZQUÍN LIZARRAGA (2004), «El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37, enero-junio, págs. 205-238.

¹⁰ Entre la doctrina que ha estudiado el tema del «ámbito subjetivo» merecen especial consideración los trabajos de Belén NOGUERA DE LA MUELA (2001), *El ámbito de aplicación de la nueva Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, y Francisca VILLALBA PÉREZ (2003), *La contratación de las sociedades en manos de las administraciones públicas: principios de publicidad y concurrencia: fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

concepto de «poder adjudicador», y la interpretación literal que hace el Estado Español «provoca una pérdida de autonomía de un concepto comunitario que debe dar lugar a una interpretación uniforme en toda la Comunidad» (apartado 23 de la STJCE de 13 de enero de 2005). Y es que, tal y como ha señalado BAÑO LEÓN, si al definir el ámbito subjetivo nuestra Ley de Contratos recoge conceptos del Derecho comunitario, no puede la Administración (ni el juez al aplicarla) prescindir de su significado en dicho Ordenamiento. Desde la perspectiva comunitaria, no resulta indiferente cuál sea la interpretación dada a las normas del Derecho comunitario, aunque afecte exclusivamente a Derecho interno¹¹.

En conclusión, el efecto útil de las Directivas, que siempre ha de preservarse, como ha puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, implica que el régimen contenido en las mismas debe entenderse aplicable a los entes personificados bajo forma privada, pero utilizados por la Administración para la gestión de intereses públicos, ya que la huida del Derecho administrativo (especialmente de sus controles) resulta una huida ineficaz para la aplicación del Derecho comunitario¹².

La Ley 62/2003 modificó la redacción del apartado 1 del artículo 2 y la Disposición Adicional sexta del TRLCAP, en el sentido de someter a las prescripciones de la Ley de Contratos relativas a capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, por un lado, a las entidades de Derecho público que no cumplieren los requisitos del artículo 1.3 y, por otro, a las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer necesidades de interés general de carácter no industrial ni mercantil, siempre que exista sobre ellas la posibilidad de control público (en el sentido antes apuntado de financiación mayoritariamente pública, control de la gestión, o control del nombramiento de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia), si bien únicamente cuando se supere, para cada contrato típico, el umbral económico que supone considerar al mismo «de interés comunitario». Para los contratos (y sociedades) no comprendidos en el ámbito de este artículo 2.1 se aplicarían, por indicación de la Disposición Adicional sexta del TRLCAP, los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios¹³.

¹¹ José María BAÑO LEÓN (2001), «La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas», núm. 151 de esta REVISTA, enero-abril, pág. 12. En la misma línea, NOGUERA DE LA MUELA (2004a: 113) señala que la Ley de Contratos tiene su razón de ser en el Derecho comunitario, de manera que aquella sólo puede ser correctamente entendida en el contexto de este Derecho.

¹² Además, la posibilidad de extender a este tipo de entidades las reglas de la contratación pública quedaría, asimismo, avalada por razón de que ya se ha admitido en nuestra legislación el sometimiento a las mismas de determinadas sociedades de Derecho privado; por ejemplo, en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (2004c), «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a La Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, pág. 93.

¹³ No está de más recordar, por ver el resultado que luego tendrá, que la motivación del legislador para la reforma del artículo 2.1 y la Disposición Adicional sexta del TRLCAP era

Tras la Ley 62/2003 las consecuencias fueron, en primer lugar, que todas las entidades de Derecho público (con anterioridad no se incluían algunas entidades públicas empresariales) pasaban a estar sometidas a la Ley de Contratos, bien por la vía del artículo 1.3 TRLCAP, bien por la vía del 2.1 TRLCAP. La diferencia entre un tipo de entidades de Derecho público y otro es que, con respecto a los organismos autónomos, el artículo 1.3 TRLCAP se limitaba a someterlos a la Ley de Contratos «en todo caso», mientras que en el caso de las denominadas entidades de Derecho público por el TRLCAP se realizaba una distinción innecesaria que, a la larga, se ha revelado bastante inútil.

La otra novedad que presentaba el modificado artículo 2.1 TRLCAP es la referencia a las sociedades de Derecho privado. Si la cuestión de las entidades de Derecho público antes examinada responde a una técnica legislativa incoherente, en el caso de las sociedades de Derecho privado debemos añadir que el resultado obtenido tras la reforma siguió sin ajustarse a Derecho comunitario, persistiendo el legislador en la actitud que había motivado ya dos condenas.

La técnica utilizada por la Ley 62/2003 para la incorporación de las Directivas sobre contratación pública al Ordenamiento español se presenta, como decíamos, incoherente, y el resultado, contrario a Derecho comunitario. Desde un punto de vista formal, la técnica es incoherente porque la cuestión del ámbito de aplicación subjetivo no se trata de manera íntegra en el artículo 1 del TRLCAP, rubricado precisamente de esa manera. En su lugar, el sometimiento al TRLCAP de algunas entidades de Derecho público y de las sociedades de Derecho privado se remite al artículo 2, que debería versar sobre algo totalmente distinto, según su rúbrica, la «adjudicación de determinados contratos de Derecho privado», y a la Disposición Adicional sexta. En conclusión, desde el punto de vista de la técnica legislativa, la Ley 62/2003 debería haberse utilizado para modificar el artículo 1.3 del TRLCAP e incluir a las entidades de Derecho privado, en lugar del 2.1.

Pero es que, desde el punto de vista material, el resultado que debía alcanzarse no resultó adecuado a lo exigido por los pronunciamientos del TJCE de mayo y octubre de 2003. En primer lugar, porque el artículo 2.1 se refiere a sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es cierto que la contemplada en el artículo 2.1 TRLCAP es la misma fórmula que utilizan las Directivas para componer la definición de «organismo de Derecho público», pero bajo la transposición literal se esconde la interpretación de la misma clase, desconociendo los pronunciamientos jurisprudenciales que apuestan por una interpretación funcional del concepto. El TJCE ha señalado la impertinencia, a los efectos de considerar o no como organismo de Derecho público, de tener en cuenta la im-

la de «mejora técnica en consonancia con las decisiones adoptadas por las Autoridades comunitarias», decisiones que no son sino las dos Sentencias condenatorias de mayo y octubre de 2003. Cfr. *Diario Oficial de las Cortes Generales* núm. 173, de 4 de diciembre de 2003, pág. 408.

portancia que ocupa la satisfacción de necesidades de interés general (que no tengan carácter industrial o mercantil) en las actividades del organismo de que se trate —SSTJCE de 15 de enero (*Mannesmann*) y de 10 de noviembre de 1998 (*BFI Holding*)—. Por tanto, la satisfacción por la entidad de actividades de interés general presenta una *vis atractiva*, en el sentido de ser el elemento determinante para que dicho ente sea considerado organismo de Derecho público a los efectos de las Directivas, con independencia del porcentaje que este tipo de actividades represente respecto del total de actividad de la sociedad, y de que el organismo desarrolle, al mismo tiempo, actividades de carácter industrial o mercantil.

En segundo lugar, la redacción del artículo 2.1 permitía que escapasen a la aplicación del TRLCAP algunos contratos que también podían, por razón de su importe, presentar «interés comunitario»; por ejemplo, los contratos de concesión de obras públicas o los contratos administrativos especiales, dado que no aparecen en la enumeración hecha en el texto de este artículo.

Y, de otra parte, el artículo 2.1, al someter a las sociedades de Derecho privado a las prescripciones sobre capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación únicamente cuando sus contratos superen el umbral económico de interés comunitario, lo que está configurando es una excepción de carácter subjetivo, a nuestro parecer injustificada desde el momento en que el modelo para la transposición de las prescripciones previstas en las Directivas elegido por el legislador español apuesta por una incorporación íntegra, esto es, para todo tipo de contratos, con independencia de su cuantía económica. Si el legislador nacional optase por un régimen de contratación *ad hoc* o especial para aquellos contratos que no superen el umbral comunitario (opción perfectamente posible), lo coherente sería aplicarlo respecto de todos los poderes adjudicadores, no solamente respecto de las sociedades de Derecho privado y entidades de Derecho público que no cumplan los requisitos del 1.3 del TRLCAP.

En este estado de cosas, no nos debe sorprender la condena de 13 de enero de 2005 (recordemos, la tercera en un año y medio), ni podemos atribuir este pronunciamiento a una situación anterior que en la actualidad ya está corregida. Si el TJCE vuelve a condenar al Estado español es porque permanece en él la convicción de que la legislación española no cumple los mínimos comunitarios y porque los parches de diciembre de 2003 no incorporaron correctamente las Directivas comunitarias al Ordenamiento español.

El Real Decreto-Ley 5/2005 tampoco viene a satisfacer por completo las críticas que venimos realizando. Es cierto que las modificaciones que en el artículo 2.1 TRLCAP introduce profundizan en la determinación de lo que debe entenderse por sociedades mercantiles, por referencia a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (sociedades en cuyo capital social participe el sector público en más del 50%, o sociedades controladas directa o indirectamente por el mismo), y con independencia de la Administración a la que estén vinculadas. También se incluye (por fin) a

las fundaciones del sector público, respecto de las cuales ya había llamado la atención la Comisión Europea¹⁴.

Asimismo, se modifica la Disposición Adicional sexta TRLCAP para someter a los principios de publicidad y concurrencia a los contratos no comprendidos en la lista contenida en el artículo 2.1 TRLCAP, y a las sociedades en cuyo capital social sea mayoritaria la participación del sector público.

Sin embargo, estas modificaciones no solventan las críticas que venimos realizando, relativas a la interpretación de lo que debe entenderse por «satisfacción de intereses generales» por una sociedad pública, ni mejoran la técnica legislativa en el sentido de someter a las disposiciones del TRLCAP a las entidades de Derecho público (entidades públicas empresariales) en todo caso, equiparándolas de esta manera a los organismos autónomos.

Tampoco sirve el RD-Ley 5/2005 para introducir el contrato de concesión de obras públicas en el elenco de contratos típicos que señala el artículo 2.1 TRLCAP, ni se señala por encima de qué umbral monetario, las sociedades públicas que los liciten, estarán sometidas a las disposiciones sobre capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. La redacción del artículo 2.1 TRLCAP debe confrontarse con los artículos 220.1 y 220.5 TRLCAP, introducidos por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que, al disponer que los contratos de concesión de obras públicas se celebran entre una Administración Pública o entidad de Derecho público y un concesionario, siendo aplicable el régimen del Título V del Libro II del TRLCAP a las entidades de Derecho público, cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación, parecen excluir la posibilidad de que estos contratos de concesión de obras públicas puedan ser licitados por sociedades de Derecho privado, interpretación ésta que no compartimos en absoluto.

Una interpretación que podría salvar la redacción del artículo 220 es considerar que el concepto de «entidad de Derecho público» en él contenido equivale al de «organismo de Derecho público» previsto en las Directivas comunitarias, término este último en el que pueden estar incluidas las sociedades de Derecho privado. De aceptarse tal interpretación, no se entiende por qué en los artículos 1 y 2 del TRLCAP se insiste en la distinción entre «entidad de Derecho público» y sociedad de Derecho privado, para determinar su sometimiento al mismo TRLCAP.

En este estado de cosas, y en aplicación de lo que dispone la Disposición Adicional sexta, estos contratos de concesión de obras públicas licitados por empresas públicas se encuentran sometidos únicamente a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

¹⁴ De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de Derecho público de la Directiva, puesto que excluye de él a las fundaciones, «incluso tras una modificación introducida en 2003», en alusión a la Ley 62/2003.

No obstante, no compartimos esta interpretación literal de la norma. Una interpretación teleológica de la misma nos obliga a aplicar, para estos contratos de concesión de obras públicas licitados por sociedades mercantiles públicas, las disposiciones relativas al contrato de obras, pues ambos tienen el mismo objeto, según dispone el artículo 220.1 TRLCAP. De este modo, estas entidades se encontrarán sometidas a las disposiciones relativas a capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación previstas en el TRLCAP cuando el importe del contrato de concesión sea superior a 5.923.624 euros. Por debajo de este umbral, la cuestión es si deben aplicarse únicamente los principios de publicidad y concurrencia, entendidos en términos más livianos que los que prevé el TRLCAP, o si, por el contrario, resultarían también de aplicación (en tanto que las sociedades mercantiles públicas ostentan la condición de poderes adjudicadores y que, aun por debajo del umbral comunitario, resultan de aplicación los principios que emanan de los Tratados comunitarios) cuestiones como la de las prohibiciones de contratar, capacidad de los contratistas, clasificación, existencia de un procedimiento y de unos criterios de adjudicación objetivos, plazo del contrato, etc., opción ésta que resulta mucho más coherente y que solventa los problemas de inseguridad jurídica que plantea la primera opción¹⁵.

III. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS Y LAS REGLAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El segundo motivo de reproche de la Comisión, y de condena por el TJCE al Reino de España, es la exclusión del TRLCAP de aquellos convenios de colaboración celebrados entre las entidades de Derecho público, al entender que, en ocasiones, estos acuerdos interadministrativos pueden, teniendo en cuenta su objeto, constituir contratos públicos en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.

En efecto, el artículo 3, apartado 1, letra c), del TRLCAP excluía del ámbito de aplicación del mismo a «los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí».

La Comisión considera que «esta exclusión absoluta constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que algunos de estos convenios pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de éstas», sosteniendo que el supuesto de exclusión del que tratamos no encuentra respaldo en las Directivas 93/36 y 93/37.

¹⁵ Sobre la importancia de los principios comunitarios dispuestos por los Tratados, José María GIMENO FELIÚ (2002), *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, págs. 38-42.

El argumento de defensa del Gobierno español no resultó ser muy convincente. Se afirmaba que «la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público», alegando que este tipo de relaciones están al margen del mercado.

Para la resolución de esta cuestión, el TJCE, en la Sentencia de 13 de enero de 2005 que estamos comentando, procede a señalar en primer lugar los elementos constitutivos de la definición de contrato (apartado 37):

- a) onerosidad de las prestaciones;
- b) carácter escrito;
- c) intervención de un contratista y un poder adjudicador; y
- d) que el acuerdo tenga por objeto la compra de productos (contrato de suministro), la prestación de un servicio (contratos de servicios) o la ejecución de determinado tipo de obras (contrato de obras).

Del análisis de estos elementos se deduce que la diferencia entre contratos y convenios no resulta clara, especialmente en determinados supuestos. Pero es que el Tribunal llega más lejos y confirma el criterio ya reflejado en su Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (*Teckal*), en la que estableció la presunción de existencia de un contrato al señalar que «en principio basta con que el acuerdo de voluntades haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste».

Ciertamente, la diferencia entre contratos y convenios resulta difícil de determinar. Un criterio de distinción es el que sugiere ÁVILA ORIVE, según el cual «... los contratos aparecen siempre en el ámbito del mercado, es decir, de la concurrencia de demandantes y oferentes, y por tanto, se encuentran sometidos a las reglas de la contratación administrativa...», mientras que «... contrariamente, en los convenios ... el objeto es ajeno completamente a cualquier actividad de mercado, lo que justifica su exclusión de esas reglas que hacen operativos los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación». Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que los convenios interadministrativos se caracterizan por tratarse de relaciones *intuitu personae* y que tal carácter es el que justifica su exclusión de las reglas del TRLCAP, aunque, en nuestra opinión, siempre que se mantenga tal carácter, esto es, mientras no existan otras personas que puedan ofrecer la misma prestación. Para RUIZ OJEDA *et alter*, siguiendo a PANIZO GARCÍA, contratos y convenios suponen colaboración en la consecución de un fin común, si bien en los segundos no nos encontramos en un marco de sinalagmaticidad o equivalencia de las prestaciones (en los convenios no existe *causa solvendi*, por lo que no existe un precio, sino compensaciones o concurso de aportaciones)¹⁶.

¹⁶ José Luis ÁVILA ORIVE (2002), *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, pág. 216; Roberto BUSTILLO BOLADO (2004), *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra); Eduardo GARCÍA DE EN-

Las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y de la Comunidad Autónoma de Cataluña han tenido oportunidad de pronunciarse sobre las posibilidades de utilización de la técnica del convenio, con exclusión de la aplicación del TRLCAP. Así, la Junta estatal, en su informe 42/1999, de 12 de noviembre, se ha pronunciado respecto de los convenios entre una Administración y un privado —art. 3.1.d) TRLCAP— en el sentido de exigir, respecto de este tipo de convenios, que el objeto del mismo no esté comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, lo cual obedece a que *el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración, «huyan» de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo*¹⁷.

El mismo criterio debería aplicarse en relación con los convenios interadministrativos —art. 3.1.c) TRLCAP—, y en este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva catalana en su informe 2/2001. Señala el órgano consultivo autonómico —y aquí reside la diferencia con el criterio estatal, que propugna reconducir las relaciones interadministrativas a la técnica del convenio de colaboración, sustrayéndolas del ámbito material del TRLCAP— que *no pueden sustraerse del ámbito objetivo de la LCAP las relaciones contractuales entre administraciones u organismos públicos, con objeto propio de los contratos administrativos y donde las obligaciones respectivas son el pago del precio y, por la otra parte contratante, la obligación de hacer o de actividad de los objetos propiamente regulados en la LCAP propia de los contratos*.

En opinión del TJCE, el artículo 3 del TRLCAP era contrario a las Directivas comunitarias al excluir a priori, sin tener en cuenta los criterios de la Sentencia *Teckal*, todo tipo de convenios interadministrativos (al menos los que puedan entenderse como acuerdos sobre prestaciones onerosas de objeto idéntico a los contratos administrativos típicos), y, por tanto, condena al Reino de España por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias.

El Real Decreto-Ley 5/2005, acogiendo esta interpretación del Tribunal de Justicia, modifica el párrafo c) del apartado 1 del artículo 3 en el sentido de someter a las disposiciones del TRLCAP los convenios interadministrativos cuando versen sobre objetos propios de los contratos de obras, su-

TERRÍA (2004: 106); Alberto RUIZ OJEDA (dir.) (2004), *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Civitas, Madrid, pág. 94. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance y los contenidos de los convenios de colaboración, conectando las disposiciones del TRLCAP con las de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo encontramos en Emilio JIMÉNEZ APARICIO (coord.) (2002), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 85-87.

¹⁷ Asimismo, la Junta advertía en su informe que esas fórmulas, aparte de estar en contradicción con la letra y el espíritu de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pueden suponer, además, infracción de las Directivas comunitarias al sustraerse a la libre concurrencia entre empresarios comunitarios (españoles y no españoles) contratos que, con arreglo a la normativa comunitaria y española, han de adjudicarse bajo los principios y preceptos relativos a la publicidad y libre concurrencia que, con las fórmulas reseñadas, se trata de eludir.

ministro, consultoría y asistencia técnica o servicios (nótese que, al igual que en el artículo 2.1, se enumeran todos los contratos administrativos típicos, salvo el de concesión de obras públicas) y el importe de los mismos sea superior a los umbrales que califican a un contrato como de interés comunitario (5.923.624 euros para los contratos de obras, y 236.945 euros para el resto de contratos). Por debajo de estas cifras, aun cuando el convenio tenga por objeto prestaciones típicas de los contratos administrativos, no resultarán aplicables las disposiciones del TRLCAP.

La nueva redacción del artículo 3.1.c) TRLCAP, compatible desde luego con las Directivas comunitarias, obedece al cambio en el modelo de transposición de las Directivas comunitarias. Parece apostarse ahora por una transposición parcial (sólo para los contratos que superen el umbral de interés comunitario), en lugar del modelo integral (para todos los contratos, con independencia de su cuantía) que en 1995 acogió la Ley de Contratos, lo cual no hace sino poner de manifiesto que, reforma tras reforma del TRLCAP, estamos asistiendo a la aplicación de un «doble rasero» a situaciones jurídicas idénticas, en atención únicamente al montante económico que éstas supongan, opción jurídicamente válida, pero que en absoluto compartimos, por no resultar suficientemente justificada.

El problema de los convenios ya se había planteado con anterioridad en el ámbito comunitario, si bien referido a aquellos celebrados entre una Administración Pública, de una parte, y una persona de Derecho privado, de otra, generalmente una sociedad mercantil en cuyo capital social esa Administración mantenía una participación mayoritaria. Éste es el *leading case* resuelto por el TJCE en la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (*Teckal*) antes citada.

La Sentencia resuelve un recurso interpuesto por la sociedad Teckal contra la adjudicación directa, sin licitación previa, de la gestión del servicio de calefacción a algunos edificios municipales, hecha por el Ayuntamiento de Viano (Italia), a favor de AGAC, mancomunidad constituida entre varios municipios (entre ellos Viano) para la gestión de los servicios de energía y de medio ambiente.

La postura fijada por el Tribunal en esta Sentencia podría resumirse diciendo que la presunción de existencia de contrato sólo queda desvirtuada cuando «a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (apartado 50).

Se consagra así la doctrina de los contratos *in house providing*, no sometidos a las reglas de concurrencia y competencia, cuando, tal y como ha señalado GIMENO FELIÚ, la entidad vinculada al poder adjudicador en quien recae la adjudicación no tiene, frente al mismo, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Al mismo tiempo, la entidad proveedora debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente que la controla, configu-

rándose la relación entre ambas entidades como una forma de autoprovisión¹⁸.

Pues bien, si estos criterios ya habían sido aplicados en relación con una mancomunidad (*Teckal*), de organismos financiados con fondos públicos (STJCE de 7 de diciembre de 2000, *ARGE*) y respecto de una sociedad de economía mixta¹⁹ (STJCE de 11 de enero de 2005), la novedad de esta Sentencia de 13 de enero consiste en que extiende los efectos de la Sentencia *Teckal* a los convenios interadministrativos, al declarar aplicables los mismos criterios enunciados en dicha Sentencia, a la hora de determinar la exclusión o no del TRLCAP de un acuerdo oneroso entre dos Administraciones Públicas.

Acogiendo parcialmente esta doctrina de los contratos *in house providing*, el Real Decreto-Ley 5/2005 introduce un apartado *l*) en el contenido del artículo 3.1 TRLCAP de tal modo que resultan excluidos de la aplicación de las disposiciones del TRLCAP las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública. Decimos que este nuevo supuesto de exclusión de la aplicación de las normas del TRLCAP acoge parcialmente la doctrina de la Sentencia *Teckal* porque el Tribunal de Justicia exige para que opere la exclusión, junto a un control sobre el ente análogo al que el poder adjudicador tiene respecto a sus propios servicios (que se dará efectivamente en los supuestos de capital cien por cien público), el que la actividad principal de este ente tenga como destinatario a ese poder adjudicador concreto, circunstancia ésta que no recoge el párrafo *l*) del artículo 3.1 TRLCAP.

Llama la atención que en este supuesto no se haya seguido el mismo criterio utilizado para «apañar» el apartado *c*) del artículo 3.1, y evitar así una futura condena del Tribunal de Justicia. En este sentido, el apartado *l*) debería disponer la exclusión de estas encomiendas de gestión a favor de entidades o sociedades públicas cuando no tengan por objeto alguno de los que son propios de los contratos administrativos típicos (excluido el de concesión de obras públicas) o, aun cuando su objeto sea el mismo que el de estos contratos, el importe de las prestaciones a realizar no supere el umbral que presume a un contrato como de interés comunitario.

Este nuevo supuesto de exclusión introducido por el Real Decreto-Ley 5/2005 choca frontalmente, a nuestro juicio, con lo dispuesto con carácter general para las encomiendas de gestión en el apartado 5 del artículo 15 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del

¹⁸ La idea que gira en torno de los contratos *in house* es la de falta de autonomía de voluntad del ente con respecto al poder adjudicador, con lo cual no debe entenderse a ese ente, incluso aunque presente naturaleza jurídica privada, como algo distinto al poder adjudicador. José María GIMENO FELIÚ (2002: 76-83).

¹⁹ En el caso, la adjudicación directa sin licitación previa a una sociedad participada en un 75,1% por el sector público y en un 24,9% por el sector privado, el Tribunal considera que «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (apartado 49).

procedimiento administrativo común, que dispone que las encomiendas de gestión recaídas sobre personas de Derecho privado deberán ajustarse a la legislación de contratos, esto es, a los principios de concurrencia y transparencia que emanan de la misma. Se hace patente, pues, una contradicción entre lo dispuesto por la Ley de Contratos y lo enunciado por la Ley que establece el procedimiento administrativo común, sin que se aporte solución alguna para afrontarla.

IV. LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA DE LOS SUPUESTOS QUE LEGITIMAN EL RECURSO AL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

La tercera cuestión debatida en la Sentencia de 13 de enero se refiere a las circunstancias que legitiman la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. El Tribunal enjuicia la compatibilidad con el Derecho comunitario de dos supuestos contemplados en el TRLCAP, uno que permite la modificación del precio del contrato en aquellos casos en los que no tuvo lugar la adjudicación siguiendo un procedimiento abierto o restringido, y otro en el que se admite la utilización del negociado sin publicidad para la adjudicación de bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración.

Respecto de la primera cuestión, la disputa entre la Comisión y el Reino de España gira en torno al concepto de modificación sustancial de las condiciones originales del contrato. Las Directivas comunitarias, antes en los artículos 6, apartado 3, letra *a*), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra *a*), de la Directiva 93/37, y ahora en el apartado 1, letra *a*), del artículo 31 de la Directiva 2004/18, autorizan el recurso al procedimiento negociado sin publicidad cuando «tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no haya ninguna oferta, ninguna oferta adecuada, o ninguna candidatura, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente...». Por su parte, los artículos 141, letra *a*), y 182, letra *a*), del TRLCAP permitían el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no se hubiese podido adjudicar en un procedimiento abierto o restringido, o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10%.

La Comisión, alegando que la enumeración de los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado tiene carácter taxativo, afirma que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva.

Por su parte, el Estado español alegó que lo que el TRLCAP hacía no era sino transformar en algo concreto (modificación de hasta el 10% del precio del contrato) lo que en las Directivas se establece como un concepto jurídico indeterminado.

Contra el reproche nacional a la Comisión, por no indicar un criterio para determinar ciertamente qué modificación del precio debe considerar-

se sustancial y qué aumento no merece tal calificación, la Comisión recuerda que, en el marco de un recurso por incumplimiento, no está obligada a definir los límites de la infracción ni a indicar las medidas que permitirían eliminar el incumplimiento imputado.

El TJCE tampoco fija el criterio para determinar la sustancialidad de las condiciones originarias del contrato, si bien se esfuerza por tratar de aproximarse a él. Para el Tribunal, la interpretación que los Estados pueden hacer de las excepciones previstas en las Directivas comunitarias no debe tener como resultado ni menoscabar el efecto útil de las citadas Directivas, ni convertir en ordinarias esas excepciones previstas por ellas, facilitando (mediante la introducción de otros supuestos) el recurso a la utilización de las mismas (apartado 48)²⁰.

Sentados estos criterios, el Tribunal entiende que «al permitir el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10%, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del TRLCAP dotan a las disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 (y también de la Directiva 2004/18) de una condición nueva que debilita tanto su alcance como el carácter excepcional de aquéllas».

Aunque no es tarea del Tribunal determinar qué porcentaje de modificación de las condiciones originales del contrato determina que unas sean sustanciales y otras no, al declarar no conforme con el Derecho comunitario una cláusula nacional que permite modificaciones «*de hasta el 10% del precio*», lo que está negando genéricamente es la posibilidad de modificar, siquiera en un 1%, el elemento precio. Recordemos que los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del TRLCAP no indican que cuando el contrato no haya podido adjudicarse utilizando un procedimiento abierto o restringido se utilizará el negociado sin publicidad, incrementando el precio original en un 10%. El incremento del precio hasta en un 10% es potestativo para el poder adjudicador, no compulsivo.

Declarar la cuantía del 10% como porcentaje de modificación «sustancial» puede ser un criterio, pero siendo conscientes de que, sin delimitar la línea que separa esa sustancialidad de lo contrario, el escenario resultante queda desamparado de un criterio que haga jurídicamente seguro el recurso al procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos de los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37, ahora en el apartado 1, letra a), del artículo 31 de la Directiva 2004/18.

La solución introducida por el Real Decreto-Ley 5/2005 ha sido la de eliminar de la redacción de los artículos 141.a), 182.a) y 210.a) la referen-

²⁰ Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (SSTJCE de 18 de mayo de 1995 y de 28 de marzo de 1996).

cia a la posibilidad de aumentar el precio hasta un 10%, quedando únicamente en el texto la referencia a la imposibilidad de modificar sustancialmente las condiciones originales del contrato.

Por otra parte, se introduce ahora en esos artículos una cláusula de cierre que traslada a la Comisión de las Comunidades Europeas la carga de pedir un informe si, para los contratos de interés comunitario (y sólo respecto de ellos) que no hayan podido ser adjudicados en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, desea conocer las modificaciones que sufra un contrato antes de licitarlo conforme a un procedimiento negociado sin publicidad. La remisión de este informe no responde a otra cosa que a la obligación de incorporar tal previsión, impuesta por la letra *a*) del apartado 1 del artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE, que, aunque no resulta obligatoria hasta el 31 de enero de 2006, el legislador español ha decidido adelantar.

El segundo supuesto que analiza el TJCE, también referido a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, es el que contempla el TRLCAP en el artículo 182, letra *g*), para contratos de suministro relativos a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre y cuando el tipo de bienes de que se trate se haya elegido, previa e independientemente, en virtud de concurso.

El sistema de adquisición centralizada consiste en concentrar la contratación en un solo órgano, si bien, como ha señalado COSCULLUELA MONTANER, es necesario distinguir tres fases: una en la que se declara la necesidad de normalización o uniformidad de determinados bienes para su utilización común por la Administración, otra de selección de los bienes a adquirir y la tercera de concreción de la adquisición²¹. La declaración de uniformidad de un bien es, por tanto, un primer trámite, de carácter formal, para la adquisición de estos bienes. A continuación, el procedimiento exige la celebración de dos contratos, uno para la selección del tipo de bienes a adquirir, y un segundo en el que se producirá la adquisición concreta, en función de las necesidades particulares del órgano de contratación.

La defensa del Estado español resulta de sostener la similitud de los contratos para la determinación del tipo de bienes uniformes con los acuerdos marco (apartado 53 de la STJCE de 13 de enero). Sin embargo, el Tribunal prescinde de la aclaración de estos conceptos e indica al Reino de España que, aun en el supuesto de que ambas figuras sean lo mismo, los acuerdos marco no estaban previstos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/36, sino que son una de las «novedades» introducidas por la Directiva 2004/18.

²¹ Luis COSCULLUELA MONTANER (2004), «El contrato de suministro», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a La Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, pág. 1010. Sobre el procedimiento a seguir, *vid.* Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (2000), *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier, Barcelona, págs. 212-238. Asimismo, Francisco SOSA WAGNER (2003), *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid.

Por otra parte, el Tribunal reproduce de nuevo la argumentación esgrimida al enjuiciar el supuesto de las modificaciones sustanciales en las condiciones originarias del contrato, indicando respecto de la cuestión que ahora tratamos que «la disposición controvertida, introducida por el legislador español, no responde al caso que figura en el artículo 6, apartado 2, ni a uno de los seis supuestos enumerados en el apartado 3 del mismo artículo, de la Directiva 93/36, en los que está expresamente permitida la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación»²². Siendo el criterio de la jurisprudencia el de que las disposiciones que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de suministro deben ser interpretadas estrictamente, la consecuencia es que no cabe el recurso al procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes aun cuando el tipo de bienes de que se trate se haya elegido, previa e independientemente, en virtud de concurso (apartados 54, 55 y 56 de la Sentencia de 13 de enero).

Sobre estas consideraciones acerca de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los bienes declarados uniformes —art. 182.g) TRLCAP—, curiosamente, no se pronuncia el ejecutivo español en el Real Decreto-Ley 5/2005. No obstante, en aplicación de los principios de primacía y efecto directo de las Directivas comunitarias, debería entenderse derogado, a nuestro juicio, el supuesto que enuncia el artículo 182, letra g), del TRLCAP.

V. CONCLUSIÓN

Tal y como en su día puso de manifiesto la Sentencia de 13 de enero de 2005, la legislación española sobre contratos públicos (TRLCAP) no cumplía correctamente con las normas que regulan este fenómeno desde la óptica comunitaria. Y tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2005 albergamos algunas dudas de que la situación de conflicto se haya resuelto total y definitivamente.

Los incumplimientos del Reino de España, denunciados por la Comisión y enjuiciados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, van a pasar a tener, a partir de ahora, graves consecuencias, abandonando el carácter de reproche cuasi-simbólico que tenían hasta ahora. La amenaza de retirada parcial de los Fondos de Cohesión que por derecho corresponden a España ha planeado durante mucho tiempo (a lo mejor demasiado) sobre los sucesivos Gobiernos y ahora parecen vislumbrarse visos de que la amenaza se cumpla severamente.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ya anunció en su momento la necesidad y urgencia de rectificar la Ley de Contratos de las Administraciones

²² Debemos señalar que la nueva Directiva 2004/18 tampoco recoge en su artículo 30, como un supuesto que legitime el recurso al procedimiento negociado sin publicidad, el de la adquisición de bienes cuya tipicidad haya sido determinada con anterioridad.

Públicas, al referirse en particular a la cuestión del ámbito subjetivo²³. Ahora, con la obligación de incorporar antes del 31 de enero de 2006 las novedades que presentan las Directivas 2004/17 y 2004/18, nos encontramos en el escenario idóneo para, recogiendo los criterios recogidos en los pronunciamientos jurisprudenciales del TJCE, especialmente los que nos son desfavorables, reformar dicha Ley, básica para nuestro sistema.

²³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (2003b: 676).