

La Ley de Contratos del Sector Público

Luis Cosculluela Montaner

Catedrático de Derecho Administrativo de la UCM

1. INTRODUCCIÓN

a) Derecho comunitario europeo en materia de contratos públicos y su transposición al Derecho español

La legislación de contratos ha sufrido en España una avalancha de reformas legislativas desde 1985, en que ingresamos en la Comunidad Europea. En ese momento, el Derecho español hubo de incorporar el acervo comunitario en materia de contratos, formado por Directivas que tenían como objetivo armonizar las legislaciones nacionales en los procedimientos de selección de las empresas contratistas con los Poderes Públicos¹.

Pero el Derecho comunitario en esta materia fue también evolucionando² y obligando, por tanto, a los Ordenamientos nacionales a

¹ Las primeras Directivas comunitarias fueron 70/32/CEE, de 17 de diciembre, regulando la libre prestación de servicios; 71/304/CEE, 71/305/CEE y 71/306/306/CEE, de 26 de julio de 1971, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras y suministros; modificadas por las Directivas 77/62/CEE, referida al contrato de obras, y 77/63/CEE, referida al contrato de suministros, ambas de 21 de diciembre. Directivas que aparecían relacionadas con el Derecho de sociedades.

² Deben recordarse aquí: la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, y 92/13/CEE, relativas a las garantías de los contratistas y régimen de recursos en la adjudicación de contratos públicos de suministros y obras; la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 junio de 1993, referi-

incorporar las modificaciones habidas³. Las últimas Directivas relevantes en materia de contratos son la 2004/18/CE del Parlamento y el Consejo, de 31 de marzo, refundidora de las Directivas que regulaban singularmente los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios⁴, y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento y el Consejo, relativa a los llamados *sectores excluidos*, es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones, que no es objeto de este estudio.

La transposición al Ordenamiento español de la Directiva 2004/18/CE tenía como fecha límite el 31 de enero de 2006 y, aunque el Gobierno aprobó el Anteproyecto de la Ley en diciembre de 2005, fue sometido a informe de diversos organismos oficiales⁵, entidades públicas, corporaciones oficiales y asociaciones representativas de sectores económicos interesados y del Consejo de Estado, lo que dio lu-

da al contrato de suministros, y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, referida al contrato de obras, y la Directiva 90/531/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

³ La primera adaptación fue instrumentada por el Real Decreto legislativo 931/1985, de 2 de mayo. Posteriormente se aprobaron la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación de los denominados sectores excluidos; Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995; Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, regulando el contrato administrativo en la modalidad de abono total del precio; la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Contratos; Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas; Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ampliando las entidades sujetas a la Ley de Contratos y regulando el recurso en esta materia para los contratos celebrados por las sociedades mercantiles sujetas a la Ley; Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; Orden 1307/2005, de 29 de abril, regulando los medios electrónicos en los procedimientos de contratación de la Administración del Estado; Orden 1744/2005, de 3 de junio, regulando los formularios y modelos para la presentación telemática de solicitudes de clasificación de empresas.

⁴ Pero con posterioridad a la Directiva 2004/17/CE debe reseñarse también que, sin llegar a plasmarse en normas jurídicas, se ha elaborado por la Comisión *El libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM 2004), y las comunicaciones dirigidas por la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (COM 2005) y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre dicha comunicación (2007/C), que auspician nuevas reformas de la legislación comunitaria en esta materia y la Directiva 2005/75/CE del Parlamento y del Consejo que corrige la Directiva 2004/18/CE.

⁵ Aunque curiosamente falta el informe de la Junta Consultiva de Contratación, que, según la Disposición adicional primera del Reglamento General de la Ley de Contratos, debería haber informado el anteproyecto.

gar a la elaboración de distintas versiones del primer Anteproyecto y a que la aprobación del Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros se demorara hasta julio de 2006. Y, por su parte, la aprobación parlamentaria sólo se produjo en octubre de 2007, con la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP)⁶. La justificación primera de la reforma legislativa en materia de contratos es la transposición de la Directiva 2004/18/CE, como indica la Exposición de Motivos, que también señala que la Ley no se limita a dicha transposición, sino que ha venido a realizar una reforma global de toda la legislación española de contratos del sector público.

En efecto, la nueva Ley 30/2007 no se ha limitado a transponer la repetida Directiva 2004/18/CE, como sí han hecho los Ordenamientos francés⁷ o italiano⁸ (aunque este último con la singularidad de que en este Ordenamiento no se admite la categoría dogmática del contrato administrativo, como sí lo hacen el Derecho francés o el Derecho español), sino que se ha aprovechado la ocasión para una reforma de la legislación de los contratos del sector público, que pretende ser más amplia y, sobre todo, innovadora⁹. Siendo precisamente este aspecto el que ha motivado mayores críticas.

La primera gran novedad que presenta la LCSP es que se abandona la regulación basada en la figura del contrato administrativo, regulando los demás contratos de entidades del sector público o las especialidades de determinadas entidades públicas, como aspectos complementarios o especiales, para establecer una regulación inversa, que parte de la contratación de todos las entidades del sector público, y dentro de ellas de las Administraciones Públicas. El resultado no es demasiado feliz. El propio Consejo de Estado, en su Dictamen de 25 de mayo de 2006, llega a afirmar:

«La novedad de este designio legislativo... no es tan grande... La pretendida construcción del sistema de la ley como un sistema completo de la actividad contractual del sector público no es realmente tal, sino un troceamiento de la

⁶ La aprobación en el Congreso se realizó por la Comisión de Administraciones Públicas, con competencia legislativa plena. El Pleno del Senado enmendó el Texto, y la Ley fue aprobada definitivamente por el Pleno del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2007.

⁷ El Código de Contratos Públicos francés fue aprobado en septiembre de 2006.

⁸ El Código italiano de Contratos Públicos de obras, servicios y suministros fue aprobado por Decreto legislativo 163/2006, de 12 de abril.

⁹ *Vid.* el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley. Si bien hay que decir que un sector doctrinal niega esta pretensión innovadora. Así, DEL SAZ, S.: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», en *RAP*, nº 174, págs. 337 y ss.

regulación en fases de materias, de modo que en unas el juego de los contratos típicos sujetos a regulación comunitaria (armonizada) es mayor –singularmente en materia de requisitos previos de licitación... y en los procedimientos de adjudicación–; mientras que en otras se reconoce con toda claridad la regulación tradicional del contrato administrativo –así, en lo referente a normas generales de precio, objeto, garantías y, sobre todo, en la preparación de los contratos típicos (Título III del Libro II) y en todo lo relativo a cumplimiento, modificación, efectos y extinción de dichos contratos (Libro IV). La lectura de estas dos últimas materias hace especialmente evidente que continúa existiendo una auténtica “parte especial” para estos contratos en nuestro Derecho.»

Advertencia del Consejo de Estado que, obviamente, no fue tenida en cuenta y que se extiende particularmente a los aspectos introducidos en la Ley que no estaban motivados por la transposición de la Directiva 2004/18/CE, y también a la sistemática seguida por la Ley. La doctrina, en general, participa de esta crítica a la nueva Ley. La norma no es clara, introduce una sistemática novedosa sin necesidad ni justificación alguna; no es sencillo, como era en la anterior normativa, encontrar el régimen jurídico aplicable a cada contrato, cuya regulación ahora aparece «troceada» en diversas partes de la Ley, e incurre en contradicciones que, a no dudarlo, dificultarán su aplicación práctica.

Desde el punto de vista de su comprensión, es recomendable que el estudioso se aproxime a la nueva Ley, teniendo ante sí la Directiva Comunitaria que se pretende transponer, que es mucho más clara que la Ley española y paradójicamente de mayor rigor técnico, lo que no deja ser sorprendente, pues la crítica a la calidad técnica de las normas de Derecho comunitario está muy extendida en la doctrina. Por otra parte, como resulta obligado, la interpretación de la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse precisamente conforme al Derecho comunitario que la legislación nacional pretende transponer¹⁰. Y en cuanto a las modificaciones no debidas por la obligación de transponer la repetida Directiva, no cabe otra solución que armarse de infinita paciencia y resignación ante las piruetas que la Ley adopta como novedad, que a veces no lo son y que en muchas ocasiones son totalmente innecesarias.

Formalmente, la nueva Ley es demasiado extensa¹¹. La explicación, que no justificación de esta extensión, es que se trata de una ley

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de octubre de 1994, caso *Van Munster*; sentencia de 26 de septiembre de 2000, caso *Engelbrecht*; sentencia de 27 de febrero de 2003, caso *Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien GmbH*.

¹¹ La extensión de la Ley debe medirse con relación a la legislación de otros países que también admiten la figura del contrato administrativo, como es el caso de Francia, cuya cuyo Código de Contratos Públicos de 2006 cuenta con 138 artículos, mientras que la Ley española tiene 309 artículos.

básica, en la que la «materia básica» debe establecerse preferentemente por ley, lo que hace preciso que la norma reglamentaria de aplicación de la ley no recoja materias que se consideran básicas, aunque tal posibilidad se considera constitucionalmente válida, sino que todas las que tengan esta naturaleza deban integrarse en la Ley. La Ley sigue así la técnica de considerar que todos sus preceptos son básicos, con excepción de los previstos de forma expresa en la Disposición final séptima. Pero, por otra parte, la noción de lo que es básico no debe ser desmedida, pues de otro modo se reduce la competencia normativa de desarrollo de la Ley por las Comunidades Autónomas, que tienen atribuida tal competencia por su Estatuto de Autonomía, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución¹².

Por otra parte, la normativa de contratos del sector público no se va contener íntegramente en la nueva Ley 30/2007, puesto que la normativa anterior no queda totalmente derogada, sino que quedan vigentes los artículos 253 a 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La razón es que dichos preceptos que regulan la financiación privada del contrato de concesión de obra pública deben ser objeto de una nueva legislación en el plazo de un año, junto a la financiación, también privada, de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado¹³, debiendo recordar que éstos son los aspectos fundamentales de ambos contratos, por lo que la legislación de contratos volverá a integrarse en varias leyes. La justificación de esta circunstancia se encuentra en la Disposición final décima, que indica que esta normativa no estaba preparada para ser incluida en la LCSP, lo que es inadmisibles, dado que esta Ley ha estado gestándose, antes de su tramitación parlamentaria, durante más de un año y dos desde que se formuló el primer anteproyecto. Y, como indica Chinchilla¹⁴, si los citados preceptos del TRCAP van a ser sustituidos por una legislación, lo lógico hubiera sido incluir esta normativa en la LCSP y ser modificados en su día por la nueva regulación.

¹² Sobre el alcance del concepto de ley básica: *vid.* COSCULLUELA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, I, Ed. Civitas, 2007, pág. 87.

¹³ La Disposición adicional décima contiene este mandato al Gobierno para que presente el correspondiente proyecto de ley en el plazo de un año que regule las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

¹⁴ CHINCHILLA, C.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado». *REDA*, nº 132, pág. 610.

b) La entrada en vigor

La entrada en vigor de la Ley será a los seis meses de su publicación en el *BOE*, es decir, el 1 de mayo de 2008. La justificación de esta *vacatio legis* no se ofrece en la Exposición de Motivos y, en parte, viene justificada por tratarse de una ley básica que puede exigir modificaciones de la legislación autonómica, pero también se justifica por lo confuso de la nueva normativa, que exige un estudio concienzudo por parte de todos los sectores interesados en la contratación con entidades del sector público y por parte de estas mismas entidades de una norma que es confusa y que introduce modificaciones artificiosas en la sistemática tradicional de nuestra legislación de contratos. Sin embargo, esta *vacatio legis* tiene la importante excepción de la Disposición transitoria séptima de la Ley, que entrará en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley. Pero incluso la Disposición final duodécima, que regula la entrada en vigor es confusa, pues la referencia a la Disposición transitoria séptima que contiene no establece una entrada en vigor distinta de la Ley en todo lo que regula, sino que, como corresponde a una Disposición transitoria, lo que regula sustancialmente es la legislación aplicable durante la *vacatio legis* de los seis meses, diferenciando, por razón de los sujetos contratantes, quiénes están sometidos, desde el día siguiente a la publicación de la Ley, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 18 de junio (TRCAP)¹⁵. Es decir, la Disposición transitoria séptima se

¹⁵ La citada Disposición transitoria séptima, que lleva el título de *Aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley*, prevé:

«1. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, se aplicarán en los siguientes términos: a) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tengan la consideración de Administraciones Públicas sujetarán su contratación a la totalidad de las disposiciones de esa norma. b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de esta Ley y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aplicarán las normas de dicha Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia, y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido Impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato. c) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 de esta Ley, pertenezcan al sector público y no tengan la consideración de Administraciones Públicas de poderes adjudicatarios conforme a las letras

limita a disponer la aplicación de dicho TRCAP durante la *vacatio legis* de la Ley a entidades que, según la nueva Ley, estarán sujetas a dicho Texto Refundido, pero que no lo estaban según lo dispuesto en el mismo.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA NUEVA LEY

Como es obligado, la nueva ley declara como principios de la contratación del sector público los que están establecidos en el Derecho comunitario europeo, ya que en esta materia de contratos la Unión Europea ha dictado una normativa, instrumentada en Directivas, para lograr la armonización jurídica de la contratación pública en todos los Estados de la Unión. Y así, el artículo 1 de la Ley declara que el objeto de la misma es garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, que se recogen también en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE. Principios a los que se unen la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Junto a estos principios, que efectivamente se consagran en el Derecho comunitario, el artículo 1 añade como objetivos de la Ley el de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios¹⁶.

anteriores, sujetarán su contratación a lo establecido en la Disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Igualmente, hasta la entrada en vigor de la presente Ley, las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, serán aplicables a los contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, así como a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por entes, organismos o entidades de los mencionados en las letras *a)* o *b)* del apartado anterior en más del 50 % de su importe, y éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.278.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 211.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.»

¹⁶ Principios de indudable trascendencia en relación con las competencias del Tribunal de Cuentas del Reino y de los demás organismos internos o externos de control del gasto público.

Sin embargo, los principios de contratación del Derecho comunitario europeo son más amplios que los que se recogen en este artículo 1 de la Ley, así el principio de confidencialidad, sancionado en el artículo 6 de la Directiva 2004/18/CE, que la Ley española también sanciona en el artículo 124. Teniendo en cuenta además que, como ha declarado la jurisprudencia del TJCE, los principios de la contratación pública deben enmarcarse en los grandes principios sancionados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, singularmente la libertad de establecimiento (arts. 43 y ss.) y la libre circulación de mercancías (arts. 23 y ss.), y la libre prestación de servicios (arts. 49 y ss.), que constituyen el marco en el que se desenvuelven en la contratación pública los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato a todos los empresarios de la Unión.

3. LAS NOVEDADES MÁS RELEVANTES DE LA LCSP

Las novedades de la LCSP pueden clasificarse en los siguientes grupos:

a) Las que tienen por objeto asumir y remediar la deficiente transposición de nuestra legislación de las Directivas comunitarias en materia de contratos anteriores a la Directiva 2004/18/CE.

b) La transposición de esta Directiva, que a su vez recogió la jurisprudencia del TJCE en esta materia, regulando especialmente nuevos procedimientos de adjudicación y selección de contratistas.

c) El cambio de sistemática tradicional por la regulación en la Ley de distintos niveles de aplicación de la normativa comunitaria europea, distinguiendo los contratos sujetos a regulación armonizada de los que no lo están y la diferente aplicación de la propia Ley en función de la entidad contratante y del tipo de contrato.

d) La incorporación de un nuevo contrato típico, sujeto a regulación armonizada y administrativo: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

e) La elevación y redondeo de cuantías.

En el primer grupo, *a)*, podemos englobar la que la LCSP considera una rectificación adecuada: el cambio de la terminología tradicional de nuestro Ordenamiento, suprimiendo los conceptos de subasta y concurso por el de oferta económicamente más ventajosa con un criterio único, el precio [que se corresponde con la subasta, y con varios criterios (concurso)]. No participamos de la idea de consi-

derar que esta mera sustitución terminológica represente ningún avance. Ni parece que en la normativa anterior ambos conceptos suscitaran problemas de aplicación ni confusión alguna.

Por el contrario, deben integrarse en este primer grupo de novedades obligadas de la LCSP la decidida inclusión de las entidades de forma organizativa privada del sector público en el ámbito de aplicación de la Ley, que había motivado varias condenas del TJCE al Reino de España por inaplicación de las Directivas europeas en materia de contratos¹⁷. Tema que estudiaremos en el apartado cuarto, dentro del ámbito subjetivo de la LCSP. Y, también, la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación que regulan los artículos 37 y 38 de la Ley¹⁸, que sustituye a los recursos ordinarios y que tiene el carácter de recurso previo obligatorio para acudir a la vía contencioso-administrativa en los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los subvencionados, los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos de cuantía superior a 500.000 euros con un plazo superior a cinco años. Por consiguiente, el recurso no se establece para todo tipo de contratos regulados en la LCSP. El recurso tiene por objeto los acuerdos de adjudicación provisional, los de aprobación de los pliegos del contrato y los que establezcan las características de la prestación, así como los demás actos de trámite que el Ordenamiento español considera susceptibles de recurso administrativo. Por lo demás, se prevé que los entes y organismos del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas puedan remitir a un arbitraje las cuestiones referidas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

En el segundo grupo, *b)*, deben incluirse la transposición a la legislación española de la contratación electrónica, del acuerdo marco, del dialogo competitivo, de la contratación electrónica, sistema di-

¹⁷ Así, las Sentencias del TJCE de 16 de octubre de 2003 (caso SEIPSA) y de 15 de enero de 2005, que condenó a España por cuanto el TRCAP excluyó a entidades de Derecho privado de la aplicación del Derecho armonizado, pese a reunir los requisitos fijados por la Directiva, y excluir los convenios de colaboración de Administraciones Públicas con otras entidades públicas. Sentencias que, por otra parte, habían obligado ya al legislador español a introducir reformas de la legislación de contratos por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que incluyó a las fundaciones en el ámbito de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y Ley 42/2006 de Presupuestos generales del Estado.

¹⁸ Recurso que, al no ser contemplado de forma expresa en la legislación española, previsto en la Directiva 89/665/CEE, también motivó la condena del TJCE en su sentencia de 15 de mayo de 2003.

námico de adquisición, de los concursos de proyectos mediante jurados y la subasta electrónica. Temas que se analizan en el apartado séptimo de este trabajo.

En el grupo tercero, *c)*, destaca el cambio de la sistemática tradicional en la materia, que es la novedad más significativa de la LCSP respecto del TRLCAP. Tema que ya hemos analizado, pero en el que profundizaremos en el apartado cuarto.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que corresponde al grupo *d)*, será objeto de estudio particular en el apartado sexto. Digamos simplemente aquí que este nuevo contrato está todavía en estudio en el Derecho comunitario europeo, por lo que un sector doctrinal considera que es una regulación precipitada, lo que resulta evidente, toda vez que el aspecto central de este contrato, el de su financiación, no se regula en la Ley, que contiene un mandato al Gobierno para que lo regule en el futuro.

Las novedades que se corresponden al grupo *e)* pretenden el redondeo de algunas cifras, que quedaron fraccionadas con la aplicación de criterios rígidos de algunos valores de las Directivas comunitarias, y su elevación cuantitativa. A título de ejemplo, pueden citarse: la cuantía de los contratos menores, que pasan de 30.050,61 a 50.000 euros en el contrato de obras; de 12.020 a 18.000 euros, en el contrato de suministros; de 12.020,34 euros a 18.000 euros en el contrato de servicios. También el procedimiento negociado, que pasa a ser aplicable a los contratos de obras que superen el millón de euros; los 500.000 euros en el contrato de gestión de servicios públicos; los 100.000 euros en el contrato de suministro, en el de servicios y en los restantes contratos que celebren las Administraciones Públicas.

4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCSP

El ámbito de aplicación de la Ley son, según su título, los contratos onerosos que celebren la entidades que se integran en el sector público (art. 2); sin embargo, también están sujetos a la Ley los contratos subvencionados por dichos entes en más de un 50 %, en los supuestos que prevé el artículo 17, y los contratos que celebren los contratistas de obras públicas en los casos previstos en el artículo 250. Contratistas que obviamente no encajan en el concepto subjetivo de sector público.

Por otra parte, hay una serie de negocios y de contratos que están expresamente excluidos del ámbito de la Ley, que se prevén en el artículo 4, cuya regulación se remite a normas especiales, y respecto de los cuales la Ley sólo deberá aplicarse para completar lagunas y resolver dudas¹⁹.

El ámbito subjetivo de la Ley constituye, como se ha dicho, una de las novedades relevantes de la Ley. Se trata de no vincular la regulación de la Ley sólo a las Administraciones Públicas, sino a todo el sector público, para lo que el artículo 3 detalla, definiendo tipos organizativos de personas jurídicas, las entidades que integran el mismo²⁰, para luego precisar cuáles de dichas entidades tienen la consideración de Administraciones Públicas²¹ y cuáles tienen la consideración de poder adjudicador²², lo que dará lugar a una reitera-

¹⁹ Expresión esta de resolver dudas que resulta novedosa en el tema de selección de normas aplicables a una materia. Parece que el legislador ha querido soslayar la expresión tradicional de aplicación supletoria en supuesto de lagunas de la norma directamente aplicable.

²⁰ «Artículo 3. *Ámbito subjetivo*. 1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: *a)* La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local. *b)* Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. *c)* Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades públicas, las Agencias estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto público que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre determinado sector o actividad. *d)* Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras *a)* a *f)* del presente apartado sea superior al 50 %. *e)* Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, y la legislación de régimen local. *f)* Las fundaciones que se constituyan con una participación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. *g)* Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. *h)* Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. *i)* Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.»

²¹ Artículo 3.2 LCSP.

²² Artículo 3.3 LCSP.

ción de algunas de estas entidades en los tres apartados que integran este artículo 3 de la LCSP. Con esta solución, el legislador pretende adaptarse de forma plena a las Directivas comunitarias europeas. Como es sabido, en la transposición de dichas Directivas por los Estados miembros de la Unión se ha producido una tradicional tendencia por parte de éstos a evadirse de la aplicación de dichas Directivas, aprovechando que en la transposición de las mismas los criterios objetivos fijados en ellas el legislador nacional concreta los tipos organizativos concretos de cada Ordenamiento que reúnen dichos criterios, y así el legislador nacional tiende a crear nuevas tipologías de entidades o resucitar otras que habían caído en el olvido para evadir la aplicación del Derecho comunitario al no estar nominativamente recogidas en la legislación nacional de contratos. Esta larga batalla, en la que la propia España ha sufrido varias «derrotas» en forma de sentencias de condena del TJCE, hizo que éste elaborase una jurisprudencia que ha terminado por incorporarse a las propias Directivas, sentando criterios objetivos para definir las entidades institucionales creadas por las entidades públicas territoriales que quedan sujetas a las Directivas, que superase la consideración de tipos concretos de entidades sujetas al Derecho comunitario de los contratos públicos, que aparecen en sus anexos, y a los que se le otorga un puro valor ejemplificativo.

El propio legislador español ha terminado por incorporar dichos criterios objetivos, que figuran en las Directivas, para definir las entidades institucionales sujetas a la Ley de Contratos Públicos. Ya lo hizo en el TRCAP y lo repite el artículo 3 de la LCSP, pero lo hace siguiendo la técnica de la enumeración precisa de las entidades que forman parte del sector público y no citando las Administraciones Públicas territoriales y los demás organismos públicos en los que concurren los requisitos objetivos que establece la Directiva 2004/18/CE en su artículo 1.9²³. Por el contrario, la LCSP diferencia tres tipos de entidades del sector público: *a*) las Administraciones Públicas (que se precisan en el art. 3.2 de la Ley); *b*) poderes adjudicadores sujetos a legislación armonizada (art. 3.3 de la Ley), y *c*) otros sujetos del sector público que son los relacionados en el artículo 3.1, que no se in-

²³ Los requisitos exigidos para ser considerado poder adjudicador por el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE son: que la entidad haya sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil; que tengan personalidad jurídica; que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sometida a control por parte de estos últimos, 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 dichos entes.

tegran en los apartados 2 y 3 de dicho artículo y a los que se aplicará lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley. Todavía cabría establecer un cuarto grupo, constituido por las entidades no integradas en el sector público, cuyos contratos están subvencionados en más de un 50 %, que tengan por objeto las prestaciones relacionadas en el artículo 17 de la Ley, a las que les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley.

La generalidad de la doctrina y el Consejo de Estado consideran que esta clasificación no es demasiado feliz. Hubiera sido preferible que la Ley se hubiera referido en su articulado a las Administraciones Públicas y los poderes adjudicadores, integrando en la primera categoría los tres tipos de Administraciones territoriales, y que se hubiera incluido como letra *b*) de este grupo a las Administraciones institucionales, sociedades organizadas bajo régimen de Derecho privado, fundaciones y cualquier otro tipo organizativo en el que se dieran los requisitos de la actual letra *h*), que es la que recoge directamente el criterio de la Directiva en su artículo 1.9, es decir, los requisitos objetivos que determinan la sumisión de las entidades institucionales a las Directivas comunitarias, para seguir, si se hubiera considerado necesario y a simple título ejemplificativo, con un listado de las entidades que deben considerarse Administraciones Públicas, a efectos de la aplicación plena de la ley, o simples poderes adjudicatarios, a efectos de una aplicación modulada de la Ley, y dejar los otros entes que se consideran integrados en el sector público o que ni siquiera están integrados en el sector público, pero celebran contratos subvencionados y que sólo van a quedar sometidos a algunas reglas de la Ley recogidas en las Disposiciones adicionales²⁴.

Pero el artículo 3 de la Ley ha pretendido incluir a todos los sujetos integrantes del sector público a efectos de la aplicación de la Ley, obviando, sólo en apariencia, la sistemática tradicional de la legislación de contratos española, que definía, en su artículo 1, qué entidades se consideraban Administraciones Públicas, a efectos de la aplicación de la Ley, y luego ir especificando qué otras entidades debían someterse a algunos aspectos concretos de la misma. La nueva Ley parte de una enumeración de todos los entes del sector público, después define cuáles de ellos son Administraciones Públicas a efectos de la Ley y cuáles son poderes adjudicadores; pero, luego, se ve igualmente obligada

²⁴ En efecto, a los procedimientos de adjudicación de contratos sometidos a regulación armonizada se les aplica lo dispuesto en el artículo 174, si son poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas o de entidades con contratos subvencionados (art. 177), y si se trata de entidades del sector público que no son poderes adjudicadores se les aplican las reglas del artículo 176.

a establecer en los numerosos regímenes especiales en las Disposiciones adicionales de la Ley para otros tipos de órganos²⁵ y entidades públicas²⁶ y privadas. En definitiva, la nueva sistemática de la Ley no evita que lo fundamental de la misma sigan siendo los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas, ni la obligada singularización de algunos tipos de entidades contratantes, ni las reiteraciones normativas, que son impropias de una buena técnica legislativa, para recoger varias veces los criterios objetivos que fija en su artículo 1.9 la Directiva 2004/18/CE.

Uno de los temas en los que la nueva Ley hace más hincapié es en la determinación de las entidades institucionales a las que se aplica la Ley. Ya hemos recordado que lo decisivo a efectos de la aplicación de las reglas que el Derecho comunitario de contratos establece es la concurrencia de los criterios objetivos que la Directiva 2004/18/CE fija, y que la Ley, con una técnica legislativa muy endeble, repite en el artículo 3.1.h), 3.2.e) y 3.1.3.b) de la Ley, con ligeras variaciones que no afectan a la sustancia que sigue siendo reproducir lo dispuesto en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE²⁷. En sustancia, estas entidades institucionales siguen siendo los organismos autónomos, las Universidades públicas, las Agencias estatales, las entidades de Derecho público dependientes del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales, las fundaciones y sociedades mercantiles participadas en su capital público en más de un 50 % y los consorcios.

La doctrina ha destacado como novedad la inclusión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que son entidades de base privada y que en puridad

²⁵ *Vid.* la Disposición adicional tercera, que recoge los órganos españoles constitucionalizados y los correspondientes que regulan los Estatutos de Autonomía, considerándolos a todos los efectos poderes adjudicadores sometidos al mismo régimen que las Administraciones Públicas.

²⁶ Disposiciones adicionales octava, novena, décima, veinticinco, veintiocho y treinta.

²⁷ Son considerados «poderes adjudicatarios» por el artículo 3.3 LCSP: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. Y es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo: *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, 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 organismo de Derecho público.

no encajan en el concepto de sector público, para las que la justificación de su inclusión en el concepto de Administración Pública, a los solos efectos de la aplicación íntegra de la Ley, es que manejan fondos públicos. Por el contrario, otras Mutualidades, como la de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial o el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, tienen un régimen especial para los conciertos de prestación de los servicios de asistencia sanitaria, farmacéutica y para el desarrollo de su acción protectora (Disposición adicional vigésimo tercera).

Y también destaca la exclusión del concepto de Administraciones Públicas, siempre a los solos efectos de la aplicación íntegra de la Ley, puesto que son evidentemente administraciones institucionales, de las entidades públicas empresariales estatales y de los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales. Régimen que se extiende al Instituto Español de Comercio Exterior, a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, al ente público Puertos del Estado y a las autoridades portuarias (Disposición adicional vigésimo quinta). Y el Museo Nacional del Prado, que es considerado también poder adjudicador excluido del concepto de Administración Pública. Y, finalmente, también se establece un régimen especial para la Empresa de Transformación Agraria, S. A. (TRAGSA), y sus filiales en la Disposición adicional treinta que tienen la consideración de medios propios instrumentales.

Otras entidades públicas quedan también excluidas, como hasta ahora, de la aplicación de la Ley: las corporaciones representativas de intereses profesionales o económicos. Es el caso de los Colegios profesionales o de las Cámaras, aunque en este último caso la Ley Foral de Navarra sí incluye a la Cámara de Comercio como entidad sujeta a la legislación de contratos públicos. Nada dice la Ley de otras entidades públicas de naturaleza corporativa y carácter representativo de intereses económicos, como es el caso de las Comunidades de Regantes, o el Comité Nacional de Transportes por Carretera, o la Corporación del Sector Petrolero, en relación con las cuales la conclusión sobre la aplicación de la Ley debe ser negativa.

5. CLASES DE CONTRATOS REGULADOS POR LA LEY

La Ley regula los contratos que celebre el sector público, y su clasificación es la siguiente:

1. Por su naturaleza: contratos administrativos y contratos privados.

Los contratos administrativos son los que celebren las Administraciones Públicas cuando tengan por objeto el precisado en alguno de los contratos típicos y los contratos especiales o atípicos, que son los que están vinculados a giro o tráfico específico de la entidad contratante o a una finalidad pública de la específica competencia de la misma (art. 19). Estos contratos ser rigen íntegramente por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen, y supletoriamente por las restantes normas de Derecho administrativo que les sean de aplicación, y en su defecto por el derecho privado. Aunque los contratos especiales se rigen en primer lugar por sus normas específicas.

Los contratos típicos son los cuatro clásicos contemplados por la Directiva 2004/18/CE: contrato obras, contrato de concesión de obra pública, contrato de suministros y contrato de servicios, a los que se añaden el contrato de gestión de servicios públicos y el de colaboración entre el sector público y el sector privado. Su definición sigue la establecida por el TRLCAP y la Directiva 2004/18/CE, salvo el contrato de servicios, para el que el Anexo II especifica los contratos que se integran en el mismo, y que por desaparición del contrato de consultoría y asistencia, previsto en el TRCAP, ha pasado a integrar estas prestaciones. Por su parte, el contrato de gestión de servicios públicos no se considera expresamente por la Directiva 2004/18/CE, que lo integra en el contrato de de concesión de servicios²⁸, y que para el derecho español es sólo una de las modalidades de gestión indirecta del servicio público.

La novedad en los contratos típicos, además de la desaparición del contrato de consultoría y asistencia, que pasa a integrarse en el contrato de servicios, es la regulación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que tiene por objeto:

«La realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actividades de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) *La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*

b) *La gestión íntegra del mantenimiento de instalaciones complejas.*

²⁸ El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE considera que «la concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendada.»

Finalmente, son contratos privados todos los que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (art. 20.1 LCSP). Y también los de las Administraciones Públicas comprendidos en las categorías 6 y 26 del Anexo II, y la suscripción de revistas, publicaciones periódicas y bases de datos y cualquier otro que no tenga el carecer de contrato administrativo (art. 20.2 LCSP). Estos contratos privados del sector público, en virtud de la teoría de los actos separables, se rigen: en cuanto a su preparación y adjudicación por sus normas específicas, y en su defecto por esta Ley y normas de desarrollo, y supletoriamente por las restantes de Derecho administrativo que les sean de aplicación, o en su caso por las de Derecho privado por razón de la entidad contratante. Y en cuanto a los efectos y extinción del contrato, se rigen por el Derecho privado.

2. Por su sujeción a la regulación armonizada que impone el Derecho comunitario europeo: contratos sujetos a dicha regulación armonizada y no sujetos a ella.

Los contratos sujetos a regulación armonizada son los que se incluyen en la Directiva 2004/18/CE, y la regulación se extiende a la preparación y adjudicación del contrato. Dichos contratos son el de obras, el de concesión de obras públicas, los de suministros y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II. Y los contratos subvencionados de forma directa en más de un 50 %, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que tengan por objeto contratos de obras o de servicios previstos en el artículo 17 de la Ley²⁹.

Es preciso, además, que estos contratos superen los umbrales económicos fijados por la citada Directiva. Dichos umbrales económicos son:

a) Para los contratos de obras y de concesión de obras públicas que su valor sea igual o superior a 5.278.000 euros.

²⁹ «a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo. b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a).»

b) Para los contratos de suministros o de servicios que dicho valor sea igual o superior a 137.000 euros si el adjudicador es la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, o de 211.000 euros si el adjudicador es otra entidad distinta³⁰.

Para los contratos subvencionados previstos en el artículo 17 de la Ley se fijan los mismos umbrales.

3. Contratos a los que se aplican tan sólo los principios del Derecho comunitario.

Conforme al artículo 176 de la Ley, los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deben someterse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Este precepto prevé también la aprobación de unas instrucciones para asegurar la efectividad del cumplimiento de dichos principios.

6. CONSIDERACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

1. El **contrato de obra** ha dejado de definirse con la larga serie de objetivos a realizar por este contrato para adoptar la misma definición que recoge la Directiva 2004/18/CEE (art. 6); pero, de acuerdo con la tradición española, las obras van a diferenciarse en el artículo 106 en obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación; de reparación simple, restauración o rehabilitación; de conservación y mantenimiento, y obras de demolición. Y utiliza el Anexo I para precisar los trabajos que engloba el contrato de obras.

Sustancialmente, la regulación del contrato de obra no varía, pero merecen destacarse como novedades:

a) La más extensa regulación de los contratos de obra con abono total del precio en el que el contratista corre con la financiación de la construcción, y en el que las condiciones de financiación y la refinanciación, en su caso, de los costes de construcción pueden ser objeto de especial ponderación para determinar la mejor oferta (art. 111).

b) La cuantía de los contratos menores, que se eleva de 30.050,61 a 50.000 euros.

³⁰ El artículo 15.a) prevé que: «No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por los órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral sólo se aplicará respecto de los contratos de suministros que tengan por objeto los productos enumerados en el Anexo III.»

c) El régimen de modificación del contrato, que debe estar motivado por razones de interés público y no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato, pero que permite al director facultativo introducir variaciones en la alteración del número de unidades realmente ejecutadas, sin necesidad de previa aprobación, siempre que no representen un gasto superior al 10 % del precio del contrato.

d) La eliminación de la posibilidad de otorgar al contratista de obra pública no susceptible de explotación por el mismo de terrenos de dominio público adyacentes a la obra, que preveía el TRCAP.

2. El **contrato de concesión de obra pública** se regula en los mismos términos en que lo hace el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE, pudiendo tener por objeto la construcción y la explotación de una obra pública, o bien sólo el derecho a explotar la obra, o bien dicho derecho acompañado de un precio (art. 1 de la Directiva). Y las principales novedades de la LCSP son:

a) El plazo del contrato, que no podrá exceder de 40 años y no podrá prorrogarse sino en los casos en que se haya producido un retraso en la finalización de la obra por causa imputable a la Administración Pública, o en los casos en que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando la retribución del concesionario provenga en más del 50 % de tarifas de los usuarios, en los que podrá prorrogarse por un periodo que no exceda del 15 % del plazo fijado inicialmente (art. 251.3).

b) La vigencia de los artículos 253 a 260 del TRCAP, que en lo demás queda derogado.

3. El **contrato de gestión de servicios públicos** no se contempla, como hemos dicho, en la Directiva 2004/18/CE y se define como la encomienda a un empresario de la gestión de un servicio público de la competencia de la Administración contratante, quedando excluidos de la aplicación de la LCSP, como hasta ahora, los supuestos en los que la gestión se encomienda a una entidad institucional pública creada por la Administración titular del servicio, o a una sociedad de Derecho privado de capital íntegramente público.

Las principales novedades en este contrato son:

a) Se ha suprimido la exigencia de que este contrato tenga por objeto exclusivamente servicios de contenido económico, como era tradicional en nuestro ordenamiento, aunque deben ser susceptibles de explotación por particulares, y si no tiene contenido económico difícilmente podrá interesar a ningún empresario privado. Y se mantie-

ne la prohibición de contratar la gestión de servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

b) La expresa previsión de la prórroga del contrato por un periodo que no exceda de 10 % del plazo inicial, siempre que no exceda del plazo máximo previsto en el artículo 254, como medio de compensar el desequilibrio económico del contrato producido por actuaciones de la Administración contratante (art. 258.5).

c) La imposibilidad de que el contrato no fije un canon a abonar por el contratista.

d) La obligación de la anterior adjudicataria del contrato de gestión de servicio público de facilitar la información sobre la evaluación de sus costes laborales cuando el pliego imponga la obligada subrogación en este ámbito del nuevo adjudicatario del contrato (artículo 104 LCSP). Cuestión tradicionalmente polémica en el ámbito de los servicios públicos.

4. El **contrato de suministros**, definido en los mismos términos que lo hace el Derecho comunitario europeo, excluye, como lo hacía el TCAP, la adquisición de programas de ordenador a medida, que se consideran contratos de servicios, y los relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

5. El **contrato de servicios** tiene en la Ley una definición puramente negativa: son los que se dirigen a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, la misma que se adopta en la Directiva 2004/18/CE; pero la norma europea no regula los contratos de gestión de servicios públicos, mientras que la LCSP sí lo hace, por lo que la delimitación debe suponer también la exclusión de la gestión de los servicios públicos, entendiéndose por tales los que tienen consagrado por Ley este carácter, es decir, los que cumplen con la exigencia de la *publicatio* que caracteriza al servicio público. Y, por otra parte, en el contrato de servicios, al tener un contenido residual respecto a los contratos de obras y suministros y haber sido eliminado el contrato de consultoría y asistencia previsto en el TRCAP, el legislador se ve obligado también a precisar su contenido en los Anexos. Así, tanto la Directiva europea como la LCSP se remiten para la definición positiva del contrato de servicios a un Anexo, el II.

La diferencia esencial entre el contrato de servicio y el de concesión de servicios públicos estriba en si el contratista recibe un precio o si únicamente obtiene el derecho a explotar el servicio, que es retribuido por los usuarios, pagando un canon a la Administración titular del servicio, por cuanto el servicio se presta a la Administra-

ción Pública en el caso del contrato de servicios, y en el caso de la gestión de servicios públicos, la prestación se realiza a los usuarios del servicio.

Las novedades más relevantes de la LCSP son:

a) La primera singularidad de la nueva regulación del contrato de servicios es que ha pasado a englobar a los contratos de consultoría y asistencia previstos en la legislación anterior, que integraban los contratos celebrados con profesionales que realizaban trabajos para la Administración Pública. Sin embargo, esta distinción entre servicios de consultoría y asistencia y simples servicios no existe en la Directiva europea.

En relación con esta prestación, que incluye la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial, llevará aparejada la cesión de éste a la Administración contratante (art. 277.2).

b) Este contrato supone el ejemplo más ilustrativo de la externalización de servicios por la Administración Pública, y de ahí que la LCSP, como hacía la legislación anterior, imponga una duración máxima de estos contratos limitada. En la legislación anterior era de dos años, y en la LCP es de cuatro, pero prorrogable hasta seis años, sin que la prórroga pueda ser superior al plazo fijado inicialmente (art. 279). No obstante se permite autorizar excepcionalmente plazos superiores por el Consejo de Ministros o el órgano autonómico competente.

c) El procedimiento negociado está ahora previsto para contratos que no superen los 60.000 euros, mientras que anteriormente la cuantía era de 30.050,61 euros. Y los contratos menores han pasado de 12.020,34 euros a 18.000.

6. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Este contrato es una de las grandes novedades de la LCSP, que lo define, en su artículo 11, como aquel:

«en que una Administración Pública encarga a una entidad de Derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que de prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) *La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*

b) *La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*

c) *La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*

d) *Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.»*

El contrato no se contempla en la normativa comunitaria europea de contratos, y sí sólo en *El libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, que aprobó la Comisión el 30 de abril 2004³¹. Con lo que la Ley española se adelanta al Derecho comunitario europeo, en el supuesto de que este tipo contractual llegue a aprobarse algún día³². La mayor dificultad de este tipo contractual es distinguirlo en sus manifestaciones más claras del contrato de concesión de obra pública o del contrato de gestión de servicios públicos³³. La diferencia más notable entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de concesión de obra pública es que en el primero existe un precio a pagar por la Administración contratante, mientras que en el segundo la relación económica se establece entre el contratista concesionario y el usuario de la obra. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 120.c), en el que se impone que en el clausulado del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se establezcan los criterios para establecer la remuneración del contratista, teniendo en cuenta los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos.

El contrato se presume de larga duración, con el límite máximo de 20 años, salvo que el régimen aplicable sea el del contrato de concesión de obra pública, que podrá extenderse hasta los 40 años.

Evidentemente, el aspecto más relevante de este contrato es el financiero, pero la LCSP no la regula y se limita en la Disposición final décima a aprobar un mandato al Gobierno para que someta al Congreso de los Diputados un proyecto de ley en el que se regulen las

³¹ *El libro verde* distingue la colaboración contractual y la de tipo institucional, que implica la creación de entes en los que participan la Administración y empresarios privados.

³² CHINCHILLA, C.: *El nuevo contrato...*, *op. cit.* pág. 614, cita como origen de la incorporación de este contrato el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que contiene un mandato al Ministerio de Economía y Hacienda para incluirlo en el Proyecto de la LCSP.

³³ En este mismo sentido, *vid.* CHINCHILLA, C.

modalidades de captación de financiación en los mercados y las garantías que pueden aplicarse a dicha financiación.

En resumen, como observa Chinchilla, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no tiene un régimen jurídico propio, sino que fundamentalmente se aplica el del contrato cuyo objeto se corresponda o coincida con su prestación principal³⁴. Con todo, la LCSP dedica a este contrato, además del artículo 11, que lo define, tres artículos regulando las actuaciones preparatorias (artículos 118, 119 y 120); el artículo 164.4, que impone el diálogo competitivo como sistema de adjudicación de este contrato; el artículo 289, que remite su régimen jurídico al del contrato típico que mejor se corresponda con la prestación principal del contrato, y el artículo 290, que establece su duración. Una escasa regulación, como puede observarse, para un contrato que se presenta como una de las grandes novedades de la LCSP.

6. LAS NOVEDADES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

En primer lugar, en materia de publicidad se imponen las siguientes obligaciones:

a) La imposición de la página *web* que obligadamente deben crear los poderes adjudicatarios que se integran en el sector público.

b) El anuncio previo, en relación con los contratos de obras (con valor de 5.278.000 euros), suministros y servicios (con valor de 750.000 euros) que tengan proyectado adjudicar en los doce meses siguientes.

c) Se mantiene, como es lógico, la obligación de publicar todas las convocatorias de adjudicación de contratos en los boletines oficiales de la entidad contratante correspondiente, y cuando se trate de contratos sujetos a legislación armonizada, la publicación debe hacerse en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)*, y obligadamente en el *BOE*. Publicación en el *DOUE* que es también optativa para los demás contratos del sector público no sujetos a legislación armonizada (art. 126).

d) La obligación de difundir en la página *web* del perfil del contratante, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación (art. 42).

En cuanto a los procedimientos de adjudicación de los contratos, las novedades de la Ley se refieren a los nuevos aspectos regulados

³⁴ *Ibidem*, pág. 629.

por la Directiva 2004/18/CE en esta materia, referidos en particular a la introducción de la contratación electrónica. Se regula así el diálogo competitivo que se define en el artículo 166 como el que se desarrolla por el órgano de contratación con los candidatos seleccionados «para determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades». Puede desarrollarse en fases sucesivas para ir reduciendo el número de soluciones a examinar, y tras declarar cerrado el diálogo invitará a los participantes a presentar sus ofertas. La adjudicación se realizará por el sistema de concurso, es decir, sin tener en cuenta solamente el precio ofertado.

El acuerdo marco tiene la naturaleza de un contrato normativo y tiene por finalidad fijar con uno o varios empresarios las condiciones de adjudicación de futuros contratos durante un periodo de tiempo que, salvo casos excepcionales, no podrá durar más de cuatro años. Los contratos que se adjudiquen en base a este acuerdo marco deberán celebrarse con una nueva licitación si se hubieren celebrado con varios empresarios y no todos los términos del contrato estuvieran establecidos en el acuerdo marco, y si lo estuvieran se adjudicarán directamente (art. 182).

El sistema dinámico de adquisición se define en la Directiva 2004/18/CE como un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfacen las necesidades del poder adjudicador, y con esta misma definición se regula en el artículo 183 de la LCSP. Su duración no podrá exceder de cuatro años. Una vez anunciado el sistema y publicados los pliegos, cualquier empresario interesado puede presentar sus ofertas indicativas, que podrán mejorarse en cualquier momento. Cada contrato específico debe ser objeto de una licitación y se invitará a los empresarios admitidos en el sistema a presentar sus ofertas, adjudicándose a la mejor oferta.

La subasta electrónica se define en el artículo 1.7 de la Directiva 204/18/CE como un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisado a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos. Con esta misma definición se regula en el artículo 132 de la LCSP. Los pliegos, cuando se utilice este sistema de adjudicación, tienen fijado su contenido a efectos de la información sobre el funcionamiento del sistema. Igualmente deberá señalarse el comienzo y el cierre de la subasta, y la fórmula matemática para la re-clasificación automática de las ofertas que se presenten.

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA LCSP

BLANQUER, D.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2007.

CHINCHILLA, C.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *REDA* (nº 132), pág. 610.

DEL SAZ, S.: *RAP* (nº 174), págs. 335 y ss.

ESCRIHUELA MORALES, F. J.: *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. Ed. La Ley, 2007.

GONZÁLEZ-VARAS, S.: *El contrato administrativo*. Civitas, 2003.

MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAÑILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Ed. La Ley, 2007.

