

La Ley de Contratos del Sector Público. Novedades más relevantes

Bernardino Pérez Crespo y Alberto Valdivielso Cañas

El pasado día 30 de octubre de 2007 se aprobó, tras una tramitación parlamentaria que duró más de quince meses, la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, en adelante, LCSP). Una vez se produzca su entrada en vigor, la nueva norma no sólo sustituirá en bloque la Ley vigente¹ –a diferencia de las anteriores reformas de la normativa contractual, que se plantearon como modificaciones parciales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP)–, sino que, además, lo hará desde un enfoque distinto del tradicionalmente adoptado por nuestra legislación contractual –rasgo éste que la separa de la amplia reforma efectuada en 1995.

Aparte de las decisiones que puedan tomarse sobre el ámbito de aplicación de la norma (tanto en sentido subjetivo –entidades que van a sujetarse a la misma– como objetivo –negocios considerados–), una cuestión clave para fijar el tono de una ley reguladora de los contratos públicos es la manera en que aborda y resuelve la tensión entre la búsqueda de un máximo de flexibilidad y simplicidad y la necesaria articulación de controles referidos a la correcta disposición de fondos públicos y de garantías de los principios fundamentales de la contratación (publicidad, transparencia, concurrencia)². Son polos de trac-

¹ Con la excepción del capítulo IV del título V del libro II, regulador de la financiación privada en el contrato de concesión de obra pública, cuyo contenido deberá integrarse en la Ley prevista en la Disposición final décima.

² Que, con carácter general, son vistos por los gestores de contratos como obstaculizadores a la agilidad en la contratación por las exigencias que conllevan.

ción que operan tanto sobre la regulación de los procedimientos de preparación y adjudicación del contrato como en relación con la configuración de sus elementos estructurales, delimitación de su contenido y determinación de sus efectos, y de cuyo equilibrio depende el que se aseguren adecuadamente la satisfacción del interés público y los derechos de los operadores económicos desde parámetros de legalidad y de eficiencia.

Por una parte, la racionalización y la desburocratización de los procedimientos son demandas dirigidas a las normas de contratación dentro de un proceso permanente de revisión de esta legislación. La LCSP ha sido sensible a la necesidad de avanzar en esta dirección y, además de incorporar las nuevas soluciones adoptadas por la Directiva 2004/18, ha procedido a una revisión de la regulación interna de la gestión contractual. La simplificación procedimental y la incorporación de nuevas técnicas de contratación, con la consiguiente mejora de la eficiencia del sistema, constituye uno de los pilares básicos de la nueva norma³.

Desde la otra perspectiva, la flexibilidad en los procedimientos no puede obtenerse a través de una merma en los necesarios controles. En este punto, la orientación de la Ley pasa por trascender el carácter meramente formal del sistema de garantías, además de por incorporar nuevos cauces jurídicos de control *a posteriori* de la actividad contractual.

El resultado de la ponderación de ambos principios es un texto legal que, al tiempo que introduce elementos de flexibilidad en la contratación pública, consigue situarla en un marco de mayor seguridad jurídica, como se intentará mostrar en el presente artículo.

I. EL REPLANTEAMIENTO DE LA DISCIPLINA CONTRACTUAL

Los avances de la LCSP, en esta vertiente, giran en torno a cuatro ejes: *a)* la precisión del régimen de contratación de las entidades del sector público que no tienen la naturaleza de Administraciones Públicas; *b)* el desarrollo de la regulación de la contratación *in house*; *c)* el reforzamiento del control de los aspectos sustantivos de la contratación, y *d)* la regulación de un nuevo sistema de revisión de los actos preparatorios del contrato.

³ Se hace referencia a su carácter de principio básico de la nueva Ley en los números 3 y 4 del apartado IV de la Exposición de motivos.

a) La contratación de las entidades que no tienen el carácter de Administración Pública en la legislación contractual

La LCAP era, esencialmente, una norma pensada para regular los contratos de las Administraciones Públicas y, con mayor precisión, los contratos de las Administraciones Públicas que tienen carácter administrativo. Ésta ha sido una constante en nuestro Derecho de los contratos públicos: a lo largo de su desenvolvimiento histórico, la legislación española en la materia se ha centrado en determinados contratos administrativos (obras –como supuesto paradigmático–, suministros y gestión de servicios públicos, en un primer momento, a los que se añadirán posteriormente los de servicios y concesión de obra pública) y ha cubierto la necesidad de regular aspectos parciales –señaladamente, los relativos a los procedimientos de adjudicación, siguiendo la técnica de los actos separables– de otros contratos públicos acudiendo al mecanismo de declarar aplicables a éstos las soluciones previstas para aquellas figuras «típicas».

Este sistema de regulación se ha utilizado, en primer término, en relación con los propios negocios incluidos en el ámbito de esta legislación: dentro de los contratos típicos, la regulación de los contratos de obras ha operado históricamente como base de referencia para otros contratos contemplados en la Ley (arts. 67 y 84 de la LCE); un segundo estrato lo constituían los contratos administrativos «especiales», referenciados a los contratos típicos; y, por último, se encontraban los contratos de derecho privado, a los que se declaraban aplicables las normas previstas en la Ley para la preparación y adjudicación de los contratos administrativos típicos. La situación, en cuanto a este aspecto, cambia con la Ley de 1995, en la que se articula una parte general que, superando el particularismo de las regulaciones ancladas a figuras contractuales determinadas, contiene una reglamentación estructurada de la «preparación y adjudicación» de los negocios, pensada para ser aplicada a todos los contratos de las Administraciones Públicas (ya sean administrativos, ya sean privados) y, por otra, para la construcción normativa del contrato administrativo, explicitando el mínimo común aplicable a los «efectos y extinción», tanto de los contratos regulados en la Ley como de los de carácter administrativo especial.

En una segunda instancia, la regulación «por extensión» o «por referencia» se ha utilizado también cuando ha sido necesario pautar la contratación de ciertos sujetos para los que inicialmente no está pensada la Ley. Un primer ejemplo se encuentra en el texto original de la LCE, que, refiriéndose en su articulado a la Administración del

Estado, se declara también aplicable a los organismos autónomos dependientes de ésta por su Disposición final segunda. Posteriormente, en 1986 y ante la necesidad de ir cerrando el ordenamiento del Estado autonómico, determinadas disposiciones de la LCE se declaran «legislación básica» aplicable también a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales.

Pero la técnica se lleva al extremo –rebasando el ámbito administrativo– en la LCAP, norma que, ante la necesidad de acomodar la legislación de contratos a los estándares fijados en las normas comunitarias (aplicables a un elenco de organismos más amplio que el que integra en nuestro Derecho la categoría de Administraciones Públicas⁴), declara aplicables determinadas normas reguladoras de la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas a otros entes que, no teniendo este carácter, se considera que están incluidos en la delimitación que de su ámbito subjetivo de aplicación realizan las directivas comunitarias cuando celebren contratos sometidos a ellas (art. 2.1 LCAP).

Sin embargo, sólo se avanzaba fuera del terreno delimitado subjetivamente por las Administraciones Públicas cuando lo exigían las normas comunitarias y en la medida en que éstas lo demandaban. De ahí que la remisión del artículo 2.1 de la LCAP operase sólo en relación con los contratos de obras, servicios y suministros cuyo importe se encontrase por encima de los mínimos europeos, y que el resto de la contratación de los entes aludidos (en la redacción vigente hasta 2007), así como la totalidad de la contratación de otros entes del sector público que no están incluidos en la delimitación subjetiva que se contiene en dicha cláusula, quedase sometida sólo a los principios de publicidad y concurrencia, y ello siempre que la aplicación de estos principios no fuese incompatible con la operación a realizar (Disposición adicional sexta de la LCAP). Esta renuncia a regular de forma directa y completa la contratación de los sujetos que no son Administraciones Públicas presenta numerosos problemas desde un punto de vista técnico-jurídico y ninguna ventaja, salvo la de la comodidad de redacción.

No se trata de poner de relieve las insuficiencias y deficiencias en la delimitación del ámbito de aplicación de la LCAP⁵, que, como es sabi-

⁴ Los que responden al concepto de «poder adjudicador», tal y como se define en la Directiva de contratos públicos 2004/18.

⁵ Entre los principales problemas que planteaba esa regulación se encontraban la falta de claridad en cuanto a la conceptualización como Administración Pública de las entidades contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 (consideración que, atendiendo a la formulación literal de la norma, sólo podía obtenerse de la Disposición final segunda), la inconsistente utilización en el artículo 1.3 de los criterios esta-

do, ha sido uno de los puntos principales de fricción de nuestra legislación con el Derecho comunitario y que sólo ha podido solventarse, tras múltiples intentos fallidos, cuando el legislador (Disposición transitoria séptima de la LCSP) ha decidido prescindir del esquema seguido por esta norma. Lo relevante es retener que los artículos 1, 2, 7, 8 y 9 de la LCAP, en conjunción con su Disposición adicional sexta, configuran, en línea con los antecedentes legislativos, una opción de regulación de los contratos públicos que se centra en el contrato administrativo de la Administración Pública; que opera en su extensión a otros ámbitos –objetivos o subjetivos– mediante referencias a la regulación adoptada para aquél; y que sólo de manera limitada pretende establecer normas que pauten la contratación de los sujetos del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas⁶. Y esa opción regulatoria planteaba diferentes tipos de problemas.

Efectivamente, desde la perspectiva europea, la LCAP ha mostrado una notable falta de flexibilidad para adaptarse a los requerimientos de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos. No se trata tanto de la peculiar interpretación de la regulación comunitaria en clave interna, realizada con el fin de mantener a todo trance la regulación tradicional en la materia y que generaba problemas de ajuste con las normas europeas, además de sistemáticos y lógicos (por ejemplo, en materia de procedimientos de contratación⁷), como las dificultades para encontrar una adecuada delimitación del ámbito

blecidos en la Directiva para definir a los «organismos de derecho público» en cuanto «poderes adjudicadores» distintos de las Administraciones territoriales, como elementos de identificación de ciertos organismos que tendrán la consideración de Administración Pública a efectos de la Ley, o la persistencia en construir el artículo 2.1 como una cláusula de tipo enumerativo, basada en categorías de Derecho nacional, para «traducir» a una tipología de entidades los criterios abiertos que en la Directiva definen a los organismos de Derecho público.

⁶ Por buscar una imagen, en la tesitura del título del trabajo de S. DEL SAZ, «La nueva LCSP. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP*, núm. 174, podría decirse que la legislación contractual ha avanzado a base de composturas realizadas al viejo traje que constituía la LCE, forzando más allá de lo deseable su permanencia en el guardarropa. No era posible un nuevo remiendo más, bajo el peligro de dejar desnuda parte de la contratación pública: era necesario volver a tomar medidas y cortar un nuevo traje que, por supuesto, tendrá que seguir cubriendo lo que el antiguo –aunque con un estilo de corte actualizado– y, además, lo que aquél dejaba al descubierto.

⁷ La artificiosidad de la distinción entre «procedimientos» y «formas» de adjudicación para mantener las figuras clásicas del concurso y la subasta produce la inconsistencia de que la regulación de los tres «procedimientos»: abierto, restringido y negociado, termine realizándose desde dos «formas de adjudicación» –subasta y concurso–, un «procedimiento» –negociado– y una asistemática previsión de especialidades para el procedimiento restringido; la cuestión desemboca en un desajuste claro con el Derecho europeo. Sobre la cuestión, sin embargo, se volverá más adelante.

subjetivo de aplicación de la norma, aspecto nuclear de la Ley contractual, cuya defectuosa solución por la LCAP motivó la condena a España por el Tribunal de Justicia en tres ocasiones⁸. En este sentido, el grupo de reformas que han incidido sobre la identificación de las entidades sometidas a la Ley contractual (1999, 2003, 2005, 2006 y 2007⁹) es especialmente revelador de los problemas de base de la LCAP: realizadas para adecuar nuestra norma a las exigencias de las Directivas comunitarias en la materia, el aluvión de modificaciones que inciden y reinciden sobre este mismo punto debe interpretarse, más que en clave de una actitud reticente del legislador español a cumplir con los requerimientos de aquéllas, como indicador de una auténtica incapacidad estructural de nuestra norma para ajustarse a los planteamientos del Derecho europeo.

Y desde una perspectiva interna, la LCAP planteaba el problema de abandonar en una zona de penumbra normativa sectores muy amplios de la contratación pública. En su última versión, antes de ser nuevamente afectado por la Disposición transitoria séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, el bloque normativo constituido por los artículos 1 y 2.1 de la LCAP era insuficiente en, al menos, tres direcciones:

– No contenía ninguna regla ni directriz en relación con la adjudicación de los contratos no sujetos a las Directivas de contratación por parte de las entidades de Derecho público que no reuniesen las características del artículo 1.3.

– Respecto de la contratación efectuada por las entidades a que se refería la Disposición adicional sexta, solamente se establecía la necesidad de que la misma se ajustase a los principios de publicidad y concurrencia –sin precisión ulterior de las exigencias procedimentales que este ajuste comportaba–, siempre que ello fuese compatible con la naturaleza del negocio y sin perjuicio de la aplicabilidad preferente, en su caso de las normas del artículo 2.1.

– Por último, en cuanto a la contratación sujeta a las reglas del artículo 2.1, resultaba complicado en ocasiones decidir si un determi-

⁸ Sentencias de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

⁹ Leyes 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; Real Decreto-ley 5/2005, de 14 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso de la productividad y mejora de la contratación pública; Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007; la propia LCSP ha venido a modificar, una última vez, la regulación del ámbito de aplicación de la LCAP a través de la Disposición transitoria séptima.

nado artículo del texto legal debía ser objeto de aplicación conforme a la extensión ordenada por dicho precepto¹⁰, y en segunda instancia, una vez decidida su aplicación, se planteaba el problema de aplicar una norma prevista para una Administración Pública a un sujeto que tenía una configuración institucional distinta: generaba inseguridad, debido a la forma en que se identificaban las normas aplicables a los sujetos que no tienen el carácter de Administraciones Públicas (utilizando conceptos indeterminados, que no se corresponden con claridad con divisiones sistemáticas de la Ley), y se producía una falta de adaptación de las previsiones legales a las características institucionales de los sujetos que no son Administraciones Públicas.

Esta situación de la legislación contractual contrastaba desfavorablemente con la posición en que se encuentra la legislación general de gasto público desde la aprobación de la LGP en 2003, que parte de un enfoque amplio de su ámbito subjetivo de aplicación.

La opción de regular la contratación del sector público desde la perspectiva del contrato administrativo pudo tener, históricamente, plena justificación, considerando el papel central de la figura en la contratación pública. Sin embargo, el valor que se le reconocía como elemento articulador de las leyes de contratos público ha ido deviniendo, de forma paulatina, en un lastre conceptual por imponer que el examen de la contratación del sector público deba realizarse a través de un prisma que, al no ajustarse a sus características reales en el momento actual ni a los planteamientos de base del Derecho comunitario en la materia, produce una inevitable distorsión.

Efectivamente, si históricamente la contratación efectuada por los sujetos que tienen el carácter de Administraciones Públicas constituía la parte principal del gasto público invertido en la adquisición de bienes y servicios, la situación actual es completamente diferente. Desde hace años estamos asistiendo a un proceso de ampliación y progresiva complejización del sector público (al margen de lo que es el surgimiento de nuevos actores administrativos –Comunidades Autónomas– o el nuevo protagonismo adquirido por otros ya existentes –entidades locales–) que ha supuesto una multiplicación y diversificación del conjunto de entidades que, creadas por las Administraciones Públicas y controladas por éstas, coadyuvan a la consecución de sus fines institucionales (sociedades y fundaciones públicas, entidades públicas empresariales, Agencias, etc.), de forma

¹⁰ Que regula ciertos contratos de determinadas entidades no incluidas en el artículo 1 por referencia a la regulación prevista en la Ley para las Administraciones Públicas.

que una parte cada vez más importante del gasto público se canaliza a través de contratos concluidos por sujetos que no tienen la consideración de Administraciones Públicas; en el momento actual, aun faltando estudios sobre el tema, puede presumirse que, dentro del sector público, el montante de gasto canalizado a través de fórmulas privadas –no administrativas– de contratación excede sensiblemente al que se ejecuta a través de contratos administrativos.

Una aproximación cuantitativa, un tanto simplificada, del reparto del gasto entre contratos de naturaleza privada y de naturaleza administrativa que se obtiene del análisis de los gastos presupuestarios que se ejecutan contractualmente de los Presupuestos Generales del Estado para 2008 –circunscrito, por tanto, al sector público estatal– se refleja en el cuadro que aparece en la página siguiente.

Aunque la traducción de los componentes de gasto de las diversas entidades que integran el sector público estatal en grandes agregados de contratos –administrativos y privados– no es automática, sino que requeriría de ajustes en los dos conjuntos de agentes que se consideran (contratos privados de la Administración, por ejemplo), el cuadro expresa con claridad cómo los gastos ejecutados mediante contratos privados por fundaciones públicas, sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales supera en un 25% el gasto potencialmente canalizado a través de contratos administrativos.

Conviene destacar, además, la tendencia apuntada en los últimos años a que las Administraciones encomienden la ejecución de prestaciones a entidades reguladas por el Derecho privado dependientes de las mismas (contratación *in house*). Estas operaciones implican un «deslizamiento» hacia un régimen jurídico privado de un gasto que, en principio, debía haber adoptado un revestimiento jurídico público, dado que los contratos que la entidad receptora de la encomienda deba realizar para cumplimentar los encargos van a tener naturaleza privada, aunque el destinatario final de la prestación sea una Administración Pública, alimentándose desde el gasto de entidades administrativas el conjunto de contratos sujetos a Derecho privado.

La doble tendencia a desplazar el gasto a agentes no sujetos al Derecho administrativo y a articular a través de procesos de encomiendas *in house* la ejecución de gastos de entidades administrativas se observa igualmente en el ámbito autonómico y local. Por lo tanto, aunque la precisión de los elementos cuantitativos que configuran estos fenómenos no puede ser objeto de este artículo, sí se puede afirmar que el enfoque adoptado por la Ley es coherente

PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO 2008 (importe en miles de euros)
Régimen de contratación preponderantemente administrativo

| | | ESTADO | Organismos autonómicos | Otros organismos | Total por capítulo |
|-------------------------|-------------------------------------|---|------------------------|------------------|--------------------|
| Créditos presupuestados | Capítulo II | Gastos corrientes en bienes y servicios | 3.562.195,02 | 443.326,94 | 6.378.744,47 |
| | Capítulo VI | Inversiones reales | 10.561.365,83 | 327.775,17 | 13.529.579,11 |
| | | Total | 14.123.560,85 | 771.102,11 | 19.908.323,58 |
| | Nota: Valores Ministerio de Defensa | | | | |
| | | Capítulo II | 1.577.453,83 | | |
| | | Capítulo VI | 2.463.821,51 | | |
| | | Total | 4.041.275,34 | | |

Régimen de contratación preponderantemente privado

| | Fundaciones públicas | Sociedades mercantiles estatales | Entidades públicas empresariales y otros | Total por concepto |
|-------------------------|--|----------------------------------|--|--------------------|
| Importes presupuestados | Presupuestos de explotación: otros gastos | 188.713,00 | 5.388.288,00 | 7.254.535,00 |
| | Presupuestos de capital: adquisiciones de inmovilizado | 102.531,00 | 10.765.261,00 | 17.591.084,00 |
| | Total | 291.244,00 | 16.153.549,00 | 24.845.619,00 |

con la organización de las entidades adjudicadoras públicas existentes en la actualidad y con la tendencia sólidamente asentada de desplazar los contratos públicos de naturaleza administrativa a contratos públicos, pero de naturaleza privada.

A esta inversión, que se ha producido en la importancia relativa de los contratos de la Administración frente a los contratos de otros sujetos pertenecientes al sector público que no son, estrictamente hablando, Administraciones Públicas, ha de añadirse el cambio de perspectiva que demandan las normas comunitarias sobre contratación pública. Para éstas, el centro de interés se encuentra no tanto en el contenido (los «efectos») del contrato (como ha venido sucediendo en la legislación española por ser éste el elemento característico del contrato administrativo), sino en su preparación y adjudicación con el fin de garantizar que se respetan los principios básicos del Derecho europeo. Y, además, este interés se proyecta sobre una gama de sujetos («poderes adjudicadores») que excede ampliamente el ámbito de los que se califican como Administraciones Públicas en el Derecho español.

Atendiendo a esta situación, la LCSP ha tratado de precisar el régimen de la contratación de las entidades del sector público que no tienen el carácter de Administraciones Públicas. Para ello se ha construido como una norma que proyecta su regulación sobre tres grupos de sujetos, cada uno de ellos afectados por la Ley con una diferente intensidad regulatoria.

Esta regulación, a diferencia de lo que ocurría en el sistema LCAP —que operaba, como antes se ha expuesto, mediante cláusulas genéricas de remisión—, es una regulación de carácter directo, de tal forma que las peculiaridades que presenta la contratación de cada una de las categorías de sujetos sometidas a sus previsiones son objeto de consideración específica y puntual por la norma, ganándose en precisión aplicativa en la medida en que los destinatarios de los diferentes grupos de preceptos están clara y unívocamente identificados en todos los casos.

La delimitación del ámbito subjetivo se aborda en el artículo 3. El precepto recoge, en su apartado 1, la enumeración general de las entidades que se consideran incluidas en el sector público a los efectos de la Ley, mientras que los apartados 2 y 3 tienen por finalidad singularizar, dentro de aquélla, dos categorías específicas de sujetos, con relevancia a efectos de la regulación de su contratación: el apartado 2 identifica las entidades a las que se considera *Administraciones Públicas*, y el apartado 3, a las que se conceptúa como *poderes adjudicadores*.

La enumeración general de entidades sujetas del apartado 1 tiene en cuenta, por una parte, la necesidad de que la norma extienda su aplicabilidad a todos los sujetos afectados por las Directivas comunitarias y, por otra, la conveniencia, fundamentada en una decisión autónoma del legislador interno, de no dejar entidades del sector público¹¹ exentas de regulación.

Para cumplir estas directrices, el artículo 3.1 recoge, en sus letras *a)* a *g)*, las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que se sujeten a la legislación de contratos públicos en todo caso, al tiempo que asegura, a través de su letra *h)*, que nunca se produzca el efecto de que, por omisión de cita, queden exceptuadas de la aplicación de las normas de la Ley sujetos que deban someterse a las prescripciones de la Directiva.

La configuración de las letras *a)* a *g)* se basa en la delimitación del sector público que efectúa el artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria, con las pertinentes adaptaciones de redacción para permitir la extrapolación de sus distintas categorías a los niveles autonómico y local, y la inclusión de una mención expresa a las Agencias estatales, Universidades públicas y «reguladores independientes» con el fin de despejar posibles dudas. Sobre esta base se han adicionado las cláusulas de cierre de las letras *h)* e *i)*, transcritas casi literalmente de la Directiva 2004/18, con el fin de garantizar que, en todo caso, el ámbito de aplicación de la Ley se corresponda con el de las Directivas comunitarias. La utilización de esta fórmula, a pesar de que supone la introducción de un factor de indefinición debido al carácter abierto o indeterminado de los criterios utilizados por las Directivas de contratación para definir a los «organismos de Derecho público» en cuanto poderes adjudicadores, era inevitable para asegurar el ajuste con las normas europeas, dada la imposibilidad de «traducir» con total precisión la definición comunitaria a categorías concretas de Derecho interno mediante una enumeración de entidades que respondan a esas características¹², imposibilidad acreditada durante el largo contencioso que, sobre este particular, se ha mantenido con las instancias comunitarias y que ha obligado a sucesivas modificaciones del artículo 2.1 de la LCAP.

En términos simples, el concepto de sector público que consagra el artículo 3 LCSP es un concepto propio y peculiar de la legislación

¹¹ Definido en el sentido de la Ley General Presupuestaria.

¹² Como se intentó hacer en el sistema LCAP, con resultados declarados contrarios al derecho comunitario.

de contratos, que se ha construido superponiendo al concepto de sector público establecido por la Ley General Presupuestaria la definición comunitaria de los «organismos de Derecho público».

Ha de insistirse en que el grado de sumisión a la Ley no es homogéneo para todos los sujetos incluidos en el sector público. Dentro del conjunto de entidades que lo conforman, es necesario distinguir tres categorías que se corresponden con tres niveles de aplicación de la norma: Administraciones Públicas, poderes adjudicadores que no son Administraciones y entes del sector público que no son poderes adjudicadores. La configuración de estos tres regímenes de contratación responde a las siguientes características:

Administraciones Públicas. Se definen en el apartado 2 del artículo 3, tomando como referencia la caracterización del «sector público administrativo» contenida en el artículo 3.1 de la LGP; aunque se excluyen del concepto las entidades públicas empresariales y organismos análogos autonómicos y locales. Las Administraciones Públicas constituyen el núcleo de sujetos al que se aplica con mayor intensidad la Ley en cuanto a las normas que rigen la preparación y adjudicación de sus contratos; adicionalmente, sólo los contratos que celebre una Administración pueden tener carácter administrativo (art. 20.1). Dentro de este escalón podría distinguirse entre los contratos sujetos a regulación armonizada y los que no tienen este carácter en la forma en que se señala al examinar el segundo parámetro.

Poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública. Los poderes adjudicadores (término de nuevo cuño en nuestro Derecho, tomado de las normas comunitarias, y que se introdujo en la LCSP atendiendo a una sugerencia del Consejo de Estado para simplificar las referencias a esta categoría) se definen en el artículo 3.3. Además de las Administraciones Públicas [letra *a*)], tienen este carácter los restantes entes del sector público que reúnen las condiciones establecidas por la Directiva 2004/18 [(letras *b*) y *c*)]. Una vez más ha sido necesario reproducir la definición comunitaria en sus términos literales ante la imposibilidad de efectuar una interpretación legal que precise las entidades que cumplen esos criterios. Aunque la formulación de la letra *b*) es casi idéntica a la de la letra *h*) del apartado 1, la cláusula del apartado 3 incluye, obviamente, un mayor número de sujetos que en el apartado 1.*h*) porque, en aquél, el carácter residual de la referencia no opera en relación con todas las entidades enumeradas en las letras *a*) a *g*) de éste, sino sólo en relación con las que tengan el carácter de Administraciones Públicas conforme al apartado 2. Además de por las normas del libro I aplicables a todos los contratos del sector público, los entes integrantes de

esta categoría se rigen por unas reglas bastante próximas a las de las Administraciones Públicas en la preparación y adjudicación de contratos sujetos a la Directiva 2004/18 (cfr. arts. 121, 173 y 174) y por unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (art. 175).

Entes del sector público que no son poderes adjudicadores. Esta última categoría se define por exclusión respecto de las anteriores, estando integrada por los sujetos que no tienen la condición de poderes adjudicadores: son, en definitiva, los entes que, estando incluidos en el ámbito del artículo 3.1, no se encuentran mencionados en el apartado 3 (y, por remisión de éste, tampoco en el 2). Además de las normas del libro I aplicables a todos los contratos del sector público, estos sujetos deben observar unas directrices mínimas para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (art. 176).

Aunque se ha señalado que la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública cuando se refiere a contratos no sujetos a regulación armonizada, y la de los entes del sector público que no tienen la consideración de poderes adjudicadores, se mueve en un terreno de cierta indefinición por deferirse su regulación a unas instrucciones internas sólo condicionadas por unos «principios» enunciados en el texto legal (de forma similar a lo que ocurría en la Disposición adicional sexta de la LCAP), puede mantenerse que la situación regulatoria ha experimentado un notable avance respecto al régimen actual, atendidos los siguientes elementos:

En primer lugar, esas instrucciones sólo condicionan aspectos relativos al procedimiento de adjudicación. En el libro I hay numerosas disposiciones referidas a «elementos estructurales» del contrato que se aplican directamente a la contratación de estas entidades.

Se recoge un elenco de principios notoriamente más amplio que el establecido en la LCAP (confidencialidad, transparencia, igualdad y no discriminación, adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, además de los clásicos de publicidad y concurrencia). Se cierran así lagunas que podían observarse en el sistema de la Disposición adicional sexta. En particular, el potencial del principio de adjudicación a la oferta más ventajosa, en conexión con el de transparencia, permitirá salir al paso de ciertas prácticas no ortodoxas, como la valoración de condiciones de solvencia como criterios de adjudicación del contrato.

Se precisan indirectamente las exigencias del principio de publicidad por la referencia a la publicación en el perfil de contratante de

la entidad [(art. 175. c)], que debe entenderse es suficiente para considerarlo satisfecho.

Se obliga a que esos principios se desarrollen, con carácter previo y valor general para todas las licitaciones, en unas instrucciones que deberán hacerse públicas. No hay concreción de los principios caso por caso, como en la LCAP, sino una definición previa, abstracta y pública, de valor cuasi-normativo, de lo que se entiende son sus exigencias, lo que permitirá ganar en seguridad.

Por último, aunque puede ser lo más relevante, la propia arquitectura de la Ley permite que puedan incorporarse, fácilmente y con precisión, nuevas normas que refuercen la disciplina contractual de estas entidades, respondiendo a eventuales cambios de criterio del legislador.

b) El régimen de la contratación *in house*

Como se ha señalado anteriormente, una parte cada vez más importante de la demanda por parte de las Administraciones Públicas de bienes y servicios se dirige hacia entidades instrumentales dependientes de las mismas como alternativa a su contratación en el mercado, siguiendo el esquema denominado contratación *in house*, o suministro doméstico o interno (*in house providing*), así denominado por encontrarse el prestador o suministrador dentro de la esfera organizativa de la entidad que efectúa el encargo. La entidad que recibe el encargo puede, eventualmente, subcontratar toda o parte de la prestación primeramente solicitada¹³.

El *in house providing* se configura como un supuesto de excepción a la aplicación de las Directivas de contratación, decantado por el Tribunal de Justicia a partir de la constatación de que no puede propiamente hablarse de «contrato» en el sentido de las Directivas cuando un poder adjudicador encomienda la realización de una prestación a un sujeto sobre el que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y este sujeto realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, puesto que la existencia de un contrato de los contemplados en las Directivas de contratos públicos presupone la existencia de un convenio entre dos personas distintas¹⁴. La vinculación entre el sujeto que realiza el encargo y el que lo recibe excluye –en una especie de «levantamiento

¹³ En el caso de subcontratación total de la prestación encargada, la entidad *in house* opera como mero agente de contratación por cuenta de la encomendada.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18.11.199 (C-107/98), que sienta las bases de la doctrina, desarrollada en fallos posteriores.

del velo»— la posible consideración —a efectos de contratación— de que concurren en el negocio dos voluntades distintas.

La recepción de la doctrina *in house* en nuestro Derecho se realiza a través del Real Decreto-ley 5/2005, que modificó parcialmente la LCAP¹⁵. La letra *l*) del apartado 1 del artículo 3 declara excluidas de la aplicación de la Ley «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública».

A través de la Ley 42/2006 se vuelve a modificar el apartado *l*) para conseguir un mejor ajuste a los términos de la doctrina del Tribunal de Justicia. Los negocios excluidos se definen como «encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan».

Partiendo de estos antecedentes, la LCSP regula el régimen *in house providing* en dos preceptos diferentes: el artículo 4.1.n) y el artículo 24.6.

El primero de ellos declara excluidos de la aplicación de la Ley a los negocios jurídicos que se celebren con entidades que tengan la consideración de medios propios. En el artículo 24.6, por su parte, se definen estas entidades de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia y se fija el mínimo que comporta disponer de ese estatuto.

El régimen de los negocios *in house* que resulta de esos artículos se basa en los siguientes puntos:

Se incorporan en sus propios términos los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia para definir a una entidad dependiente, señalando que sólo podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos las entidades sobre las que un poder adjudicador ostente un poder análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que

¹⁵ La modificación tenía por objeto dar cumplimiento a la STJ de 13 de enero de 2005. Este fallo consideró contrario a las Directivas de contratación la exención incondicionada de aplicación de la norma establecida en el artículo 4.1.c) para los convenios de colaboración entre entidades públicas. El Real Decreto-ley 5/2005 reformuló la exclusión para establecer que la misma no alcanzaba a los convenios que tuviesen por objeto obras, servicios o suministros cuyo valor estimado superase los umbrales de las Directivas. La restricción de la exclusión relativa a los convenios entre entidades públicas se compensa con la adición de un nuevo supuesto de exclusión de la aplicabilidad de la Ley basado en la doctrina *in house*.

realicen para estos poderes adjudicadores de los que dependen la parte principal de su actividad.

En el caso de sociedades se precisa que, además, la totalidad de su capital deberá ser de titularidad pública¹⁶.

Para salir al paso de lo impreciso del criterio relativo a la necesidad de detentar un poder de dirección relevante sobre la entidad que puede ser considerada medio propio, se sienta una interpretación auténtica de cuando concurre aquella circunstancia.

Se indica que «*se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen*».

El supuesto resulta indubitado a tenor de los pronunciamientos del abogado general y del Tribunal de Justicia en el asunto TRAGSA¹⁷, si bien ha de resaltarse que no agota los casos en que es posible apreciar que concurre el requisito. Si se pueden conferir a la entidad encomiendas de estas características habrá de entenderse que se ejerce sobre ella un poder relevante a efectos de la doctrina *in house providing*, pero, en ausencia de esa posibilidad, la existencia de ese poder podría inferirse de otras circunstancias.

Las entidades que reúnan las condiciones expresadas podrán ser declaradas medios propios de uno o varios¹⁸ poderes adjudicadores.

En aras de los principios de seguridad jurídica y transparencia, la LCSP exige que esa declaración sea expresa, previa y singular para cada entidad, debiendo incorporarse a sus estatutos o a la correspondiente norma de creación.

La declaración como medio propio, además de precisar los poderes adjudicadores para los que la correspondiente entidad podrá actuar como tal en el futuro, deberá precisar el régimen de los negocios jurídicos a través de los cuales se canalizarán los encargos que puedan conferirle sus «principales».

Para preservar la concurrencia se establece la limitación de que las entidades que tengan atribuida la condición de medio propio no po-

¹⁶ Ver Sentencia TJ de 11 de mayo de 2006 (C-304/04).

¹⁷ Asunto c-295/05 (Sentencia TJ de 19 de abril de 2007).

¹⁸ Sentencias TJ de 11 de mayo de 2006 (C-304/04) y 19 de abril de 2007 (C-295/05).

drán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores respecto de los cuales ostenten esta condición, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Los encargos de prestaciones que se realicen a las entidades declaradas medios propios (a través de encomiendas de gestión que revistan las características establecidas en el artículo 24.6 o mediante cualquier otro negocio en los términos previstos en los estatutos o normas de creación) están excluidos de la aplicación de la LCSP [art. 4.1.n)].

En lo relativo a la ejecución del encargo, la contratación por la entidad que lo recibe de las prestaciones que eventualmente puedan ser necesarias para ello debe ajustarse a lo previsto en la LCSP, de acuerdo con su naturaleza jurídica, que determinará la aplicación de uno u otro régimen en función de los tres niveles de intensidad a que se ha hecho referencia en el apartado anterior. No obstante, para asegurar que los encargos *in house* no suponen una huida indebida de las normas de contratación, se dispone que cuando los contratos a celebrar por el medio propio tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada aquél deberá aplicar, como régimen mínimo, el previsto para la preparación y adjudicación de contratos de aquel carácter por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Con estos parámetros, la regulación del suministro doméstico en la LCSP puede considerarse ajustada a los estándares sentados por el Tribunal de Justicia, situando la cuestión en un escenario de mayor seguridad y transparencia que el que resultaba en la situación anterior.

No obstante, pueden indicarse ciertos puntos débiles a los que habrá de prestarse atención en el futuro:

En primer término, dos cuestiones de estricta técnica legislativa que vienen a demostrar, una vez más, cómo lo formal puede tener repercusiones sobre lo sustantivo o material:

– Por una parte, la propia denominación de uno de los cauces jurídicos que pueden utilizarse para realizar encargos a los medios propios –encomiendas de gestión– plantea problemas de asimilación formal con la figura regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, cuando en realidad se trata de instrumentos completamente distintos por su régimen y funcionalidad.

– Por otra, la ubicación sistemática de la regulación no parece la más conveniente. Al margen de la escisión de la regulación en dos preceptos, la regulación de las entidades instrumentales en la sede dedicada a

la «ejecución de prestaciones por la propia Administración» no es la más adecuada y sólo se explica por razones históricas¹⁹: para comenzar, la regulación trasciende del ámbito de las Administraciones Públicas para referirse a todos los poderes adjudicadores; en segunda instancia, la proximidad sistemática plantea indebidas interferencias entre ambos regímenes (la regulación de los entes instrumentales y la regulación de la ejecución de prestaciones por la Administración como opción a su externalización). La sustantividad y relevancia de la materia parecen demandar un tratamiento independiente por el texto legal.

En segundo lugar se plantea el problema crucial de la falta de consolidación de la doctrina *in house*. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha venido reiterando sus pronunciamientos con cierta coherencia en diferentes fallos. Pero no hay que olvidar que se trata de una construcción jurisprudencial sin apoyo claro en las Directivas y que implica una excepción a su aplicabilidad; de ahí las presiones que pueden advertirse en el ámbito europeo por incorporar esta doctrina a un instrumento jurídico adecuado (Directiva) que permitiese que entrasen en juego las garantías que implica el procedimiento legislativo y que diese fijeza a su contenido y requerimientos. En una segunda dirección, el caso TRAGSA ha forzado los límites de la cuestión y ha puesto de manifiesto las líneas débiles de la doctrina jurisprudencial. La situación, en consecuencia, no puede considerarse en equilibrio estable.

Por último, parece necesario reforzar las exigencias referidas a la subcontratación por las entidades que tengan la consideración de medios propios de prestaciones objeto de encargo, a fin de evitar que el suministro *in house* se utilice como mero instrumento para «descender escalones» en la escala de intensidad del régimen de contratación y racionalizar el esquema organizativo basado en la constitución de entidades instrumentales.

c) La preocupación por los elementos sustanciales de la preparación y licitación de los contratos en aras de los principios de eficiencia y transparencia de la contratación

Tradicionalmente, nuestra legislación de contratos ha recogido abundantes garantías procedimentales para asegurar el respeto a los principios de publicidad y concurrencia en las licitaciones. Puede afirmarse

¹⁹ El desarrollo de la doctrina de las sociedades instrumentales, en cuanto medios propios y servicios técnicos, al hilo de lo previsto para la ejecución de obras y suministros por la propia Administración.

que, desde esta perspectiva, nuestra legislación ha estado siempre entre las más garantistas de nuestro entorno, sobrepasando en mucho los estándares fijados por las Directivas europeas de contratación.

La LCSP ha mantenido los controles de tipo formal, pero ha pretendido transmitir que, junto a esta preocupación por el cumplimiento «externo» o ritual de las normas procedimentales, debe buscarse también el ajuste sustancial de los procedimientos –partiendo de su corrección formal– a los principios sustantivos que rige la contratación pública. Diversas previsiones de la Ley sientan directrices o reglas para asegurar la efectividad de los principios enumerados en el artículo 1 de la LCSP, precepto que incorpora a los principios clásicos de publicidad y concurrencia (en su doble vertiente de libertad de acceso a licitaciones e igualdad de trato) dos nuevos principios referidos a la transparencia y a la eficiencia.

La adecuada justificación de la necesidad del contrato

En primer término, se encuentra la regla del artículo 22 de la LCSP, que, desarrollando el principio general de eficiencia en el gasto contractual incluido en el artículo 1, señala que *«los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación»*.

Resulta así que, tras la definición de los conceptos básicos necesarios para construir la regulación ulterior que se realiza en el título preliminar, la primera norma con la que se abre el contenido sustantivo de la Ley quiere, con plena consciencia y por funcionar como elemento legitimador de toda la actuación que se pasa a regular, llamar la atención del gestor de contratos públicos sobre la esencialidad de la definición previa de las necesidades a satisfacer y su proyección sobre un momento esencial de la contratación: el de identificación de los objetivos que pretenden alcanzarse. Se exige al gestor que verifique con precisión las necesidades a satisfacer, su naturaleza y los aspectos cuantitativos y cualitativos más relevantes de las mismas, evitando infravalorar o sobrevalorar las prestaciones demandadas como técnica para obtener la financiación para su cobertura. En otras palabras, la utilización de sofisticados procedimientos de contratación que permitan seleccionar entre múltiples licitadores las ofertas más ventajosas no

cumpliría su finalidad última si estas ofertas no satisficiesen necesidades públicas adecuadamente definidas y dimensionadas.

La aplicación de técnicas de *value for money*, a las que la Ley se orienta asumiendo la necesidad de una definición precisa y lo más objetivable posible de los criterios de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, requiere inexcusablemente que la magnitud (valor) que va a compararse con el coste monetario preciso para su adquisición esté correctamente definida y responda a necesidades identificables de las entidades públicas.

Ha de destacarse la conexión entre los mecanismos anteriormente descritos y el objetivo de estabilidad presupuestaria, aludido también en el artículo 1, entendiéndolo como principio común para todo el sector institucional de las Administraciones Públicas, desde la convicción de que la correcta aplicación de las previsiones contenidas en la Ley conllevará, necesariamente, una mayor eficiencia del gasto público, expresada en términos de menores costes de adquisición de las prestaciones que el sector público demanda a los mercados y, en consecuencia, permitirá la obtención de las mismas con un gasto inferior.

La transparencia en la fijación de los criterios de adjudicación

La LCSP ha tratado de deslindar con claridad el ámbito de desinvolvemento propio de los criterios de adjudicación del contrato en oposición a las condiciones de solvencia exigidas a los empresarios y a los compromisos de adscripción de determinados medios materiales o personales a la ejecución del contrato y a condiciones especiales de ejecución del mismo basadas en criterios sociales o medioambientales que pueden imponerse al contratista.

Se trata de elementos que, en numerosas ocasiones, se presentan entremezclados en la práctica contractual, siendo así que su riguroso deslinde constituye un presupuesto indispensable para cumplir con el principio de transparencia.

Saliendo al paso de esta situación y corrigiendo deficiencias en su configuración en la legislación anterior (cfr. art. 15.1, tercer párrafo de la LCAP), la LCSP define nítidamente los momentos en los que pueden tomarse en consideración cada uno de esos conceptos:

Así, la solvencia del empresario, definida como capacidad abstracta para ejecutar el contrato evaluada con un juicio previo en función de su desempeño anterior y de los medios materiales y humanos de que dispone, opera como condición de admisión a la licitación, ya sea

por la mera superación de un mínimo fijado *ex ante* por el órgano de contratación en los procedimientos abiertos o ya sea por encontrarse en mejor posición en cuanto a este parámetro que otros interesados en los procedimientos que limitan el número de licitadores (restringido, negociado y diálogo competitivo).

Los criterios de adjudicación operan en la fase de elección de la mejor oferta de entre las presentadas por los licitadores admitidos tras superar el filtro de solvencia anteriormente aludido, y sólo pueden estar referidos a las características propias de la prestación propuesta por los empresarios. No procede tomar en consideración en esta fase ni «quién» ni «con qué» ni «con quiénes» ni «cómo» va a ejecutar la prestación, sino, únicamente, «qué» ofrece hacer.

Los compromisos de adscripción de medios a la ejecución de la prestación y las condiciones especiales de ejecución de la misma –sobre las que luego se volverá– operan en la fase de cumplimiento de la prestación adjudicada y son elementos sobre los que no puede basarse una diferente valoración de las ofertas porque deben exigirse a todos los empresarios por igual como mínimo a cumplir por quien resulte adjudicatario.

La transparencia y objetividad en la valoración de los criterios de adjudicación

Frente a la dicotomía tradicionalmente manejada en nuestra legislación de contratos –que distinguía, como elementos de la oferta, la «oferta económica» (precio) y «oferta técnica» (resto de elementos distintos del precio)–, la LCSP se basa en la distinción entre elementos de la oferta que pueden ser valorados a efectos de adjudicación mediante la mera aplicación de formulas (por ejemplo, precio, plazos, etc.) y elementos de las ofertas en que no concurre ese carácter, por basarse su valoración en un juicio no totalmente objetivable (por ejemplo, valor estético).

Lo relevante es el carácter objetivo y automático que reviste la valoración de unos elementos frente a la inexistencia de parámetros incontestables de que parte la valoración de otros. La distinción tiene relevancia a los siguientes efectos:

– Sólo los elementos de las ofertas que puedan evaluarse de forma automática pueden servir de base a una subasta electrónica (art. 132 de la LCSP).

– Los elementos no evaluables de forma automática deben valorarse con anterioridad a aquellos que sólo requieran la aplicación de

fórmulas; en los términos que deberán precisarse reglamentariamente, esa evaluación previa deberá hacerse pública antes de proceder a la de los elementos plenamente objetivables.

– Por último, cuando se atribuya a los criterios no evaluables automáticamente una ponderación igual o superior a la de los criterios que sólo exigen la aplicación de fórmulas, la evaluación de aquéllos se sustrae a la Mesa de contratación y deberá atribuirse a un comité que cuente con un mínimo de tres expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada o a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La necesidad de una causa jurídicamente bastante para crear contratos mixtos

Los contratos típicos regulados en la Ley tienen atribuida legalmente una presunción de «transparencia y suficiencia causal», en el sentido de que son considerados cauces adecuados para la satisfacción de necesidades públicas por la misma norma.

Sin embargo, la necesidad de adaptar las previsiones legales a los múltiples matices de la realidad, así como la eventual necesidad de configurar esquemas contractuales que no se ajusten a las previsiones legales, explican el reconocimiento, clásico en nuestro Derecho de la contratación pública, del principio de libertad de pactos que se recoge, en términos similares a la LCAP, en el artículo 25.1 de la LCSP («en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración»).

La forma más básica y común de ejercicio de esta libertad y de generación de negocios atípicos la constituye la fusión de prestaciones de diferentes negocios en un único contrato, dando lugar a contratos denominados «mixtos». En la medida en que no están amparados por un reconocimiento legal expreso y para evitar excesos en el recurso a estas figuras se impone un examen caso por caso de su justificación causal, que debe ser evaluada conforme a los parámetros sentados por el propio artículo 25, en su apartado 2, en el que se indica que «sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante».

El artículo 4.1.p) realiza, por su parte, una aplicación particularizada de esta doctrina, referida a la fusión de prestaciones correspondiente a contratos regulados en la LCSP y a negocios patrimoniales. Después de establecer la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de los negocios patrimoniales –que deben regularse por la legislación de bienes públicos–, se indica que *«en estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del capítulo II del título preliminar si el valor estimado de las mismas es superior al 50 % del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley»*.

d) La articulación de un recurso especial en materia de contratación

El capítulo VI del título I del libro I de la LCSP regula el régimen de revisión de los actos preparatorios de los contratos. Además de la posibilidad de deferir a sistemas de arbitraje la resolución de conflictos, la parte más relevante de este apartado la constituye la regulación de un recurso especial en materia de contratación y del sistema de medidas cautelares, aplicables ambos sólo en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Esta regulación ha tenido en cuenta no sólo la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en adelante, «Directiva de recursos»), sino también los criterios sentados sobre el particular por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los trabajos preparatorios de la Directiva 2007/66/CE, modificativa de la 89/665.

El condicionamiento principal derivado del Derecho comunitario radica en la necesidad de que el recurso se articule de forma que constituya un medio útil para permitir la revisión de la decisión de adjudicación antes del perfeccionamiento del contrato, según la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia²⁰.

La recepción de este requerimiento en la LCSP se ha efectuado doblando la decisión de adjudicación en dos trámites: la adjudicación

²⁰ Sentencia de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98.

provisional (que se articula, además, a otros efectos que se expondrán más adelante) y la adjudicación definitiva, separados por un lapso de quince días hábiles que jugará el papel del periodo de congelación procedimental que se preveía en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos. Durante los diez primeros días de ese plazo podrán los interesados interponer el recurso especial en materia de contratación, que producirá de forma automática la suspensión del procedimiento, suspensión que se mantendrá hasta la resolución del recurso. Esta suspensión parece exigida no sólo por los términos del fallo de la sentencia Alcatel, antes transcrito, sino también por la consideración de que la elevación a definitiva de una adjudicación provisional estando pendiente un recurso equivale a una resolución *de facto* del mismo por suponer una toma de posición sobre su fundamento; parece inexcusable, en este caso, que antes de la adjudicación definitiva se resuelva expresamente el recurso. Este carácter de resolución implícita (*per facta concludentia*) del recurso no puede apreciarse, sin embargo, en aquellos casos en que el negocio admite una pluralidad ilimitada de contrapartes (es el caso de los acuerdos marco con una generalidad de empresarios), en los que la adjudicación a uno o varios licitadores no excluye la posibilidad de que posteriormente se reconozca el derecho de otros a incorporarse al mismo: ésta es la razón por la que en este tipo de acuerdos se admite un levantamiento de la suspensión por parte del órgano de contratación una vez transcurrido el plazo mínimo de suspensión automática que se está manejando en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos. Ha de precisarse, por último, que este efecto suspensivo automático sólo se produce cuando el recurso se interpone contra el acto de adjudicación provisional y no contra otros actos de trámite.

Debido a estos especiales efectos, el ámbito objetivo del recurso se ha limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada, los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo, cuando superen los umbrales previstos para los servicios²¹, y a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

El recurso especial se configura como vía administrativa exclusiva (por ser excluyente de los recursos ordinarios) para el control de los actos de preparación y adjudicación de los contratos a los que se apli-

²¹ A los que es aplicable también la Directiva de recursos, según la *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública* (Comunicación 2006/C 179/02).

ca y como requisito previo para la interposición de recurso contencioso-administrativo contra los mismos.

La competencia para la resolución del recurso (y para la adopción de las medidas provisionales reguladas en el art. 38) se atribuye al propio órgano de contratación cuando éste pertenezca a una entidad que tenga el carácter de Administración Pública. En otro caso, es decir, cuando la entidad del sector público contratante sea una persona jurídico-privada o cuando se trate de contratos subvencionados realizados por sujetos privados, la resolución del recurso se atribuye al órgano administrativo de tutela o al que hubiese otorgado la subvención, respectivamente, con lo que la cuestión controvertida se reconduce al ámbito administrativo posibilitando un control posterior de la jurisdicción contenciosa.

La aprobación de la Directiva de recursos obligará a revisar ligeramente la regulación del recurso especial (no su configuración y filosofía) debido a la evolución del texto durante su tramitación, en especial en cuanto a plazos y determinadas exclusiones. Asimismo será necesario replantearse el cauce procesal contencioso-administrativo.

II. LOS ELEMENTOS DE FLEXIBILIZACIÓN

Al lado del reforzamiento del control, la LCSP también ha introducido determinados elementos de flexibilización de la disciplina contractual. Las líneas fundamentales seguidas en esta revisión han sido las siguientes:

a) La ampliación del ámbito de los procedimientos simplificados

La LCSP ha elevado los umbrales cuantitativos que operan como límites máximos para la utilización de procedimientos simplificados (el previsto para los contratos menores, o el negociado sin publicidad) al tiempo que crea –tomando como ejemplo el regulado en la Directiva comunitaria, que se basa en una delimitación de casos– un procedimiento negociado con publicidad previa al que se podrá recurrir cuando el contrato no rebase cierta cuantía.

Se trata, con estas medidas, de poner en una relación más razonable el importe del contrato con las exigencias procedimentales que recaen sobre su preparación y adjudicación²². En particular, la eleva-

²² Ver cuadro en página siguiente.

**PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS UMBRALES
MÁXIMOS EN EUROS
(ENTRE PARÉNTESIS, CUANTÍAS EN LA LCAP)**

| | OBRAS | OTROS CONTRATOS |
|-----------------------------------|---------------------------------|--|
| CONTRATOS MENORES (HASTA) | 50.000 (30.050) | 18.000 (12.020) |
| NEGOCIADOS SIN PUBLICIDAD (HASTA) | 200.000 (60.101) | 60.000 (30.050; en ciertos suministros, 48.080) |
| NEGOCIADO CON PUBLICIDAD (HASTA) | 1.000.000 (nueva regulación) | 100.000 (nueva regulación) |

ción de cuantías resultaba inexcusable, pues las mismas no se habían revisado desde el año 1995 (Ley 13/95, de 18 de mayo).

b) La revisión de los procedimientos

La LCSP ha incorporado los nuevos trámites –subasta electrónica– y procedimientos –diálogo competitivo– regulados en la Directiva 2004/18, ampliando la capacidad del gestor público para emplear un sistema de adjudicación verdaderamente adecuado a la prestación que desea contratar.

Al mismo tiempo, la LCSP ha procedido a una depuración de los trámites que se han considerado innecesarios a la vista de su aplicación práctica²³.

c) El alivio de las cargas que pesan sobre los licitadores

La LCSP ha suprimido requerimientos que podían suponer barreras encubiertas para la participación de las empresas con el fin de potenciar la concurrencia.

Para ello se ha operado, en primer término, sobre los costes directos que tiene que soportar el licitador por su intervención en los procedimientos de adjudicación: la garantía provisional, cuya presta-

²³ Entre éstos se encuentran el informe de la Dirección General de Presupuestos en relación con determinadas modificaciones de los contratos previsto en el artículo 101.3 de la LCAP, o el informe de insuficiencia de medios, necesario para poder contratar servicios según el artículo 202.1.

ción es ahora necesaria para tomar parte en las licitaciones, pasa a ser de exigencia optativa o potestativa para el órgano de contratación²⁴. Como contrapartida, el mantenimiento de las ofertas en sus propios términos hasta que se adjudique el contrato se asegura mediante el establecimiento de una prohibición de contratar para los licitadores que retiren injustificadamente su proposición.

En una segunda dirección se ha buscado aliviar las cargas formales que recaen sobre los licitadores. Así, y por lo que respecta al cumplimiento de condiciones previas, se ha simplificado el régimen de la clasificación de los contratistas de obras y servicios (que opera como requisito para su participación en las licitaciones de los contratos que superen ciertas cuantías), espaciando más en el tiempo la necesidad de acreditar el mantenimiento de las características estructurales de la empresa que se toman en cuenta para valorar su capacidad de realizar adecuadamente el contrato²⁵: la preparación y aportación de la documentación correspondiente se ajusta a lapsos temporales más asumibles para ellas.

Y ante un procedimiento concreto se simplifica también el régimen de acreditación de los requisitos relativos a la personalidad y capacidad de los licitadores, que en el momento actual exige la aportación de una documentación de cierto volumen. La LCSP contempla la posibilidad de que estos documentos se sustituyan por un certificado del nuevo Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas.

d) La contratación electrónica

La Comisión Europea, en el marco de la definición de las áreas prioritarias para la implantación de la administración electrónica, ha definido un objetivo en el horizonte de 2010 para que los Estados miembros habiliten la posibilidad de que el 100% de la contratación pública se pueda realizar por medios electrónicos y que se contrate efectivamente mediante transacciones electrónicas el 50% de los contratos objeto de regulación en las Directivas comunitarias. Las magnitudes del ahorro para los poderes públicos como consecuencia de alcanzar este objetivo están cifradas por la Comisión en 40.000 millones de euros al año, cifra nada despreciable, aunque se refiera al conjunto de Estados de la Unión Europea.

²⁴ El máximo que podrá exigirse será un 3% del precio del contrato.

²⁵ Pasa de dos a tres, en lo que se refiere a la acreditación de solvencia técnica y profesional.

La Ley establece una estructura de dispositivos (perfil del contratante, registro de licitadores, plataforma de contratación) combinada con una detallada regulación de la contratación electrónica y las comunicaciones y de sistemas de contratación basados exclusivamente en medios electrónicos (subasta electrónica y sistema dinámico de adquisición). Junto a estos instrumentos legales, la Ley despliega una serie de incentivos (facilidad en la presentación de documentos, en la publicidad y en las comunicaciones con los licitadores y reducción de plazos) y de mandatos de regulación (factura electrónica) que configuran una panoplia de medidas que permiten afrontar desde presupuestos legales sólidos la generalización de la contratación electrónica.

Pero más allá de los elementos enunciados en el párrafo anterior, cuyo desarrollo o aplicación en detalle excede de la intención de este artículo, es interesante destacar que la necesidad de implantar la contratación electrónica ha estado presente en las reflexiones que han conducido a adoptar soluciones que han tenido acogida en la Ley.

Por ejemplo, se ha permitido al órgano de contratación prescindir de la garantía provisional, lo que obedece fundamentalmente a consideraciones para reducir el coste y estimular la concurrencia en los procesos de contratación, pero esta línea de razonamiento se ha visto reforzada por la facilidad que representa para la licitación electrónica prescindir del tratamiento de las garantías.

Análogamente, los plazos muy exigentes que se han introducido en la tramitación del recurso especial en materia de contratación sólo son razonablemente posibles si se cuenta con la validez legal que la Ley otorga a la notificación electrónica de la adjudicación provisional (art. 37).

De igual manera, la Ley introduce algunas excepciones singulares para procedimientos licitados electrónicamente, exceptuando del principio tradicional de apertura pública de las ofertas en los procedimientos cuya tramitación se realice electrónicamente (arts. 144 y 152) o permite (Disposición adicional 19ª) la posibilidad de remitir la oferta electrónica en dos fases: primera fase, la firma electrónica de la oferta (dentro del plazo común de presentación), y en una segunda fase, en un plazo máximo de 24 horas, la oferta completa.

Puede afirmarse, en base a lo anterior, que la LCSP aborda simultáneamente la construcción del marco general para la implantación de la contratación electrónica y un tratamiento de los procedimientos que facilite el desarrollo de estos procesos, removiendo obstáculos que dificultarían una fluida aplicación de la licitación y contratación electrónica.

e) Condiciones sociales y medioambientales

Una de las novedades de la Ley que mayor interés ha suscitado es la habilitación de la posibilidad de incluir condiciones sociales y medioambientales en la ejecución de los contratos en los términos previstos en el artículo 102 de la Ley.

El estudio en profundidad de este artículo y las implicaciones para instrumentar medidas de política social o medioambiental a través de la introducción en los contratos públicos de condiciones de ejecución que incorporen medidas de esta naturaleza debe enfocarse desde una perspectiva que excede del enfoque de este artículo.

Sin embargo, resulta pertinente constatar que, desde el punto de vista económico, la introducción de condiciones de ejecución que operan como restricciones en la organización de la realización de las prestaciones objeto del contrato supondrá un coste, en ningún caso, inferior al de realización del mismo si el contratista dispusiera de libertad para organizar la ejecución, y en la mayor parte de los casos significativamente superior. Este exceso de coste debería ser teóricamente imputado a las políticas sociales o medioambientales conectadas con las condiciones especiales que se impongan.

Por otro lado, la introducción en los contratos de estas condiciones de ejecución exige el cumplimiento de unos principios procedimentales (descripción en el anuncio y en los pliegos con previsión de las penalizaciones) y de la puesta en marcha de procedimientos de seguimiento y control del cumplimiento de las condiciones y, si procede, de activación de los mecanismos de penalizaciones, de resolución del contrato o de la tramitación de una prohibición para contratar [arts. 196.1, 206.g) y 49.2.c)].

Desde el punto de vista de un órgano de contratación, cuya responsabilidad no se residencia específicamente en áreas con competencias sociales o medioambientales, la gestión y control del cumplimiento de estas condiciones implicará un cierto consumo de recursos, pero sobre todo puede suscitar conflictos de intereses en la medida en que un contrato se esté ejecutando correctamente en términos técnicos, de calidad y plazos, pero esté incumpliendo las condiciones contractuales sociales y medioambientales. Aunque desde el punto de vista legal está claro que el gestor público debe intervenir, aun a costa de poner en riesgo la obtención de la prestación, cuando detecte irregularidades en la ejecución, debe advertirse que en estos supuestos actuará contra los intereses inmediatos de su organización.

Por lo tanto, esta importante novedad de la Ley, que permite utilizar la palanca de la contratación para desarrollar o reforzar políticas sociales o medioambientales, va a suscitar una interesante problemática de interrelaciones entre las políticas públicas y los organismos que las ejecutan, introduciendo una riqueza de matices en los procesos de contratación cuyo despliegue exigiría imaginación y esfuerzo a los agentes que participan en los mismos.