

EL NUEVO ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: LUCES Y SOMBRAS¹

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

1. *Importancia y significado del Derecho comunitario de contratación pública. La transposición en España.*—2. *El concepto de poder adjudicador: la definición comunitaria.*—3. *El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público.*

RESUMEN

Determinar el concreto alcance objetivo de los contratos públicos es esencial para poder garantizar la efectividad de los principios sobre los que descansa la normativa de contratación pública. Debe realizarse una interpretación subjetivo-funcional que debe pivotar sobre el concepto de poder adjudicador tal y como lo ha definido la jurisprudencia del TJCE a fin de evitar fugas del régimen de aplicación. En todo caso, la opción del régimen del contrato administrativo para los contratos que celebren las Administraciones públicas parece diluirse con el concepto que de éstas, a efectos de la Ley, declara la LCSP, que obliga a una interpretación correctora.

Palabras clave: contratación pública; poder adjudicador; Directiva de contratos públicos; contrato administrativo.

ABSTRACT

The determination of an accurate «objective scope» of the public contracts is an essential step to ensure the effectiveness of the underlying principles of the public procurement regulation. An interpretation based on subjective-functional criteria is needed, and such interpretation must lie on the concept of «contracting authority» as it has been defined in the jurisprudence of the EU Court of Justice, so that the applicable regulations are strictly respected. Anyhow, the choice for an «administrative contract regime» to cover the contracts awarded by public Administrations seems to be blurred by the notion of «public Administration» adopted by the new Public Procurement Act 2007, which needs for an amending interpretation.

Key words: public procurement; contracting authorities; procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

¹ Este trabajo se encuadra en la finalidad del Proyecto de investigación concedido por el MEC titulado *La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas*. REF: SEJ2006-13188.

1. IMPORTANCIA Y SIGNIFICADO DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

La materia de contratación pública es hoy en día de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que la misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados². Las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un Derecho común europeo³, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional⁴. Máxime si, como está sucediendo, el plazo de transposición no es cumplido por el Estado español y los preceptos de estas normas que sean claros, precisos e incondicionados comienzan a desplegar efecto directo⁵. La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas⁶. La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí misma, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede —y debe, diría—

² Vid. mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006.

³ Por todos, véase J. A. MORENO MOLINA, «Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común», *Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley*, núm. 34, 2004, págs. 28-53.

⁴ Sobre el contenido de las mismas, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de M. FERNÁNDEZ GARCÍA, «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», núm. 166 de esta REVISTA, 2005, págs. 281-320.

⁵ Por todos, vid. Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, «De nuevo sobre el efecto directo de las Directivas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002, págs. 115-120. El incumplimiento de este plazo de transposición —ya habitual en esta materia— encuentra razonamientos diversos. Pero uno, sin duda de relevancia, es la mecánica con la que en España se realiza la transposición del Derecho comunitario, siguiendo los trámites ordinarios de todo procedimiento para elaborar una ley. Práctica que en muchos casos ya resulta de por sí incompatible con los plazos de transposición y que, además, *permite retocar* preceptos de la propia Directiva, lo que genera importantes problemas de seguridad jurídica.

⁶ Como primera novedad de esta Directiva cabe destacar la que ella misma señala en su Considerando 1: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el Considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]».

ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁷. En este sentido, el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

«Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica, pues, de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio».

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de la concreta prestación que la ejecución del contrato pretende satisfacer. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración pública.

⁷ Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social, por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarias de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el 2% del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conformes con la esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las Instituciones comunitarias al constatarse un incumplimiento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias⁸.

Estas nuevas Directivas pretenden, en palabras de sus Considerandos⁹,

«responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los

⁸ De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del art. 226 TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de Derecho público de la Directiva puesto que excluye de él a las fundaciones, «incluso tras una modificación introducida en 2003», en alusión a la Ley 62/2003.

⁹ Sobre el contenido de las mismas, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de M. FERNÁNDEZ GARCÍA, «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», núm. 166 de esta REVISTA, 2005, págs. 281-320. En cuanto a los umbrales, recuérdese que desde el 1 de febrero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública»* (cursiva nuestra)¹⁰.

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos, no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos de su umbral, lo que obliga a que todo contrato debe interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por qué la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de Derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados¹¹. Esta afirmación queda avalada por la reciente 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 (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Y así lo corrobora la reciente

¹⁰ Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente, puede consultarse el libro de J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

¹¹ Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de la misma forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», núm. 151 de esta REVISTA, 2000, pág. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro colectivo *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 392.

STJCE de 14 de junio de 2007 (*Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio*) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario,

«efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de “entidad adjudicadora”. Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto *Vestergaard*, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)».

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del Derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que en modo alguno pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (*Koppensteiner GMBH*), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que «son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden

cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665». Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos»¹². Sólo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica¹³.

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*¹⁴. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

La transposición de la citada Directiva se ha efectuado en el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), vencido con creces el plazo para la misma (1 de febrero de 2006)¹⁵. Pues bien, el actual texto de la Ley de Contratos del Sector Público, presentado por el Gobierno en septiembre de 2006, ha sido respondido muy críticamente desde del mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE cuando se inició su tramitación parlamentaria la retirada de la iniciativa¹⁶. Y es que, atendiendo a lo que he-

¹² L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, discurso leído el día 25 de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 100. Como dice, el Derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad.

¹³ Vid. J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, págs. 105-117.

¹⁴ Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1921, julio 2002, pág. 2354.

¹⁵ La Comisión Europea ha denunciado al Reino de España por este motivo mediante recurso de 30 de mayo de 2007 (Asunto C-255/2007). Sobre el concreto estado de transposición de esta Directiva en los distintos Estados resulta de interés el trabajo de T. MEDINA y M. TRYBUS, «Unfinished Business: The Tate of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member States on february 1, 2007», *Public Procurement Law Review*, núm. 4, 2007, págs. 89-118.

¹⁶ Una primera crítica formal es que este texto legal no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no las cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y éstos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierte al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica. Valoración que igualmente sostiene el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen núm. 514, de 25 de mayo de 2006, aconsejando «una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección».

mos expuesto en el apartado anterior, la LCSP se nos presenta conservadora y poco innovadora¹⁷. Es más, y como observación inicial, entiendo que la Ley, por su ámbito, debería haberse denominado —siguiendo el modelo del Derecho comparado— Ley de Contratos Públicos.

Además, su sistemática aporta más confusión que claridad. Sin duda, hubiera resultado una mejor opción legislativa el que se aborasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen —poder adjudicador y operador económico— y de los contratos incluidos y negocios excluidos¹⁸.

Elocuente resulta el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, al analizar el Anteproyecto de la LCSP:

«... El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas partiendo de una perspectiva amplia. Tal planteamiento supone, en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público), **pero gira sobre todo alrededor de la pretendida asunción —se verá que no sin problemas— de un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario**, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no “sujetos a regulación armonizada”. Del desarrollo de estos aspectos en el texto del anteproyecto se tratará luego por extenso.

(...)

Junto a todo ello han de tenerse en cuenta los riesgos, complejidades y dificultades que origina la presente estructura.

¹⁷ Vid. GIMENO FELIU, «Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la directiva 18/2004», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 52, abril 2006, págs. 33-46, y «Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del sector público», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 14, 2007.

¹⁸ La sistemática del Anteproyecto ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. «El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación», pág. 3 de su ponencia en Seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.

En primer lugar, la estructura adoptada adolece de un error de concepción —o más bien de construcción— que ya ha sido advertido. Se trata de la circunstancia de que se presenta como una norma de la actividad contractual del sector público (artículo 1.1) cuando, incluso con la regulación proyectada, el grueso de la regulación sigue girando sobre normas pensadas para las Administraciones Públicas. Ello da lugar a problemas sistemáticos y en ocasiones sustantivos (confusión de regímenes). Simplemente, por poner algunos ejemplos, el Libro I trata según su rúbrica de la configuración general de la contratación del sector público; sin embargo, basta leer las rúbricas de los capítulos para ver que hay alguno únicamente aplicable a Administraciones Públicas (revisión de precios, garantías); si se desciende al nivel de los artículos, la aplicabilidad únicamente a Administraciones Públicas se multiplica (artículo 24, artículo 28.2 relativo a formalización, artículo 49.2 para prohibiciones de contratar, etc.). Algo similar sucede en diversos preceptos del Libro II; así, en el Título III de éste —que resulta de aplicación tanto a Administraciones Públicas como a otros sujetos cuando celebren contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 105)—, se localizan, junto a artículos que precisan adecuadamente “la Administración o la entidad contratante”, algunos preceptos en sede de contrato de concesión de obras públicas que únicamente tratan de “la Administración concedente” (artículos 113 a 115) u otros que solo hablan de “la Administración” en sede del contrato de obras: artículo 112 o artículo 108.4, el caso de este último se presta especialmente a confusión, pues remite a los artículos 286 a 288 sobre responsabilidad por errores en el proyecto, preceptos que se encuentran en el Libro IV, solo referente a contratos administrativos y que por tanto limitan la posibilidad de exigencia de dicha responsabilidad a las Administraciones Públicas: de ahí que si el artículo 108.4 quisiera limitar su aplicación a las Administraciones, debiera precisarlo expresamente. También existen, en fin, casos en los que sucede lo contrario: localización, en una sede específica de contratos administrativos, de preceptos referidos al régimen contractual de otras entidades (ejem-

pló paradigmático es el artículo 250, como ya se ha visto, que prevé normas de adjudicación a aplicar por entidades del 13.1 [apartado 1] o por entidades del sector público excluidas del 13.1 [apartados 2, 3 y 4]). En general, la nueva estructura origina no pocos problemas que fuerzan a constantes precisiones relativas a los sujetos para los que resulta aplicable una concreta norma.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, **existe un problema de construcción sistemática (que también implica alguno sustantivo o de régimen), derivado una vez más de la dificultad** de origen consistente en la regulación conjunta de contratos administrativos y garantías de contratación del sector público. Se trata de una cuestión no ya tanto de delimitación, cuanto de decisión de la exigencia que se quiere aplicar a los contratos celebrados por entidades públicas del artículo 13.1 del anteproyecto: si se quiere dotar a éstos solo del régimen propio de los contratos armonizados —el que se llamó segundo nivel de intensidad— o si quiere extenderse a los mismos también la aplicación de ciertas garantías aun cuando contraten por debajo del umbral. Es un asunto que, en ocasiones, excede de la mera sistemática. Así, se plantea en primer lugar en la incorporación de aquellas novedades del Derecho comunitario contenidas en el Libro III del anteproyecto: como se verá, en línea con lo previsto por la Directiva 2004/18/CE, algunas de tales novedades se reservan a la Administración Pública (subasta electrónica, diálogo competitivo), en otras en cambio (acuerdos marco, sistemas dinámicos, centrales de contratación) parece que se quiere permitir su uso a estas y a otras entidades del sector público —con una deficiente regulación, según se observará en su momento—. Junto a ello, existe un problema diverso, cual es el de la aplicación de ciertas reglas jurídico-públicas de contratación a las entidades del artículo 13.1 aun cuando contraten por debajo del umbral. Es esta una cuestión sustantiva de régimen de tales entidades, que afecta a diferentes aspectos —preparación, adjudicación, recurso— y sobre la que se volverá en el momento oportuno.

En fin, aunque quizá sea lo más relevante, el régimen de los contratos típicos se ha complicado notable-

mente. Para localizar el régimen completo de un contrato típico que se pretenda celebrar conforme a la ley, y partiendo simplemente de los dos regímenes más completos —es decir, el de contratos celebrados por Administraciones Públicas y el de los celebrados por entes del sector público creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles, que estén sujetos a regulación armonizada—, la selección de las normas aplicables obliga a recorrer prácticamente todos los libros de la ley para encontrarlas. Así, un contrato de obras, de suministro, de servicios o de gestión de servicios públicos —en este último caso solo por lo que hace a Administraciones Públicas— encuentra sus reglas de aplicación en las normas generales del Libro I (distinguiendo a su vez si el sujeto contratante es Administración Pública o no); en el Libro II, las normas generales de preparación (haciendo la misma distinción) y las específicas de preparación del contrato típico de que se trate; las de adjudicación del Libro III (distinguiendo nuevamente), y finalmente en el Libro IV —solo si el contrato es administrativo, es decir celebrado por una Administración Pública— encuentra las reglas generales sobre efectos, modificación y extinción y las específicas del contrato típico. En fin, si el contrato es de colaboración entre el sector público y el sector privado —que solo pueden celebrar las Administraciones Públicas— o de concesión de obras públicas, la dispersión es aún mayor, pues se trata de contratos marcados por fuertes especialidades y para los que se dan reglas aún más específicas. Así se observará respecto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (por ejemplo, encuentra la regla especial de adjudicación siempre por el procedimiento de diálogo competitivo, que marca intensamente toda su regulación; en su ejecución, funciona como un contrato mixto según la prestación principal; etc.) y respecto del contrato de concesión de obras públicas (la localización de normas especiales comienza ya en sede de aptitud del contratista [artículo 46.2]; en sus normas de preparación se incluye lo relativo al contenido de las proposiciones de licitación [artículo 116.1.c]; en adjudicación hay una regla específica de plazo en el artículo 148.1; y tiene una

regulación de su ejecución especialmente intensa en su capítulo correspondiente del Título II del Libro IV)» (negrita nuestra).

2. EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR: LA DEFINICIÓN COMUNITARIA

Un aspecto decisivo en toda legislación de contratos públicos es su ámbito subjetivo de aplicación, apareciendo como elemento clave en la normativa comunitaria el concepto de poder adjudicador¹⁹. A tal fin, el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 afirma:

«**Son considerados “poderes adjudicadores”:** el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

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 organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en

¹⁹ Sobre el ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias sobre contratación pública pueden consultarse M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 223-225; y J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 148 y ss. También, más recientemente, el libro de B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2001.

las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas» (negrita nuestra).

Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que ha optado por criterios subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos²⁰. Analizaremos sucintamente lo dictaminado por el TJCE al respecto.

1) En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico-privado. Esta previsión y su concreción suscitan importantes problemas interpretativos en la doctrina, que han llevado a que incluso cierto sector entienda que se puede presumir la existencia de actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil. Al efecto conviene recordar cómo el propio Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de diciembre de 1995, excluyó del ámbito de aplicación de la Ley al ICEX, al considerar que cumplía una función industrial o mercantil. Es decir, se da prioridad a esta nota frente a la de que sea una actividad de interés general. Pues bien, no es ésa la interpretación que está realizando, a mi juicio con acierto, el TJCE²¹. Al efecto, la STJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, *Mannes-*

²⁰ Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 52 y 53; de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

²¹ El supuesto de hecho se refiere a si la Imprenta estatal austriaca, con forma societaria, debe someterse o no a las normas de licitación pública en los casos de realizar otras funciones no oficiales. La trascendencia de esta jurisprudencia (de la que da cuenta M. FUERTES, «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *REALA*, núm. 279, 1999, págs. 25 a 34) es que, como es habitual, impone una interpretación que debe ser uniforme para todos los Estados miembros, sin que exista, por ello, margen alguno de discrecionalidad. Al respecto, me remito al clásico trabajo de R. ALONSO GARCÍA, «La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», núm. 121 de esta REVISTA, 1990, págs. 215-216; *ibidem*, *Derecho Comunitario*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 286-294.

mann) indica que si hay una función de interés general —indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de «obligaciones de servicio público—, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos. La STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, *ARA*) insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador²². En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las necesidades que no tengan dicho carácter.

Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.

Por otra parte, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, antes citada, que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer.

Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que

²² Esta misma doctrina se recoge en las SSTJCE de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos *Irish Forestry Board*), en las que se afirma que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales tiene la consideración de poder adjudicador. Comentan esta doctrina M. M. RAZQUIN, «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, núm. 6, 2000, págs. 15 y ss.; y J. A. MORENO MOLINA, «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», núm. 151 de esta REVISTA, 2000, págs. 321-328.

no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

En esta misma línea ha venido a insistir la STJCE de 22 de mayo de 2003 al afirmar que:

«Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Es más, afirma el TJCE que la circunstancia de que los edificios que se vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil».

La reciente STJCE de 13 de diciembre de 2007 (*Bayerischer*) ha confirmado el alcance de este requisito.

De la jurisprudencia citada se deduce que resulta indiferente para determinar el cumplimiento de este requisito que, además de satisfacer necesidades de interés general, la entidad desempeñe otras actividades que no las satisfacen e incluso que las actividades para satisfacción del interés general sólo constituyan «una parte relativamente poco importante» de su actividad global (*Mannesmann Anlagenbau*, párrafo 25; *BFI Holding*, párrafos 55 y 56; *Universale-Bau*, párrafos 54-56; *Adolf Truley*, párrafo 56; *Korhonen*, párrafos 57 y 58).

2) En segundo lugar, es cierto que el ente para considerarse poder adjudicador debe tener propia personalidad jurídica, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada —pública o privada— no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 10 de noviembre de 1998: «es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*)²³. Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer». Así pues, las empresas mercantiles no pueden entenderse excluidas del ámbito de aplicación. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador. Así se expresa de forma clara en la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España:

«El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencia de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

53. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que

²³ Posición que se mantiene en posteriores sentencias, en las que, siendo empresas públicas, se entra a valorar si se encuentran sometidas a las Directivas de contratación pública: de 17 de diciembre de 1998, de 1 de febrero de 2001, de 10 de mayo de 2001, de 27 de febrero de 2003, de 15 de mayo de 2003, de 22 de mayo de 2003.

persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de “organismo de Derecho público” debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartados 51 a 53). El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de “organismo de Derecho público” debe interpretarse en sentido amplio (sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-0000, apartado 43).

54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que **el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación** como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665» (negrita nuestra).

3) El último requisito que se exige es que el control —por vía financiera o cualquier otro medio— sea de la Administración pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la «influencia dominante» del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control

por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de Derecho público. En relación al primer extremo (participación en el accionariado), la STJCE de 3 de octubre de 2000 ha aclarado cuándo existe financiación mayoritariamente pública:

«La expresión “financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, no constituyen financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias.

2) El término “mayoritariamente”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que significa “más de la mitad”.

3) Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

4) La calificación de “entidad adjudicadora” de un organismo como la Universidad de Cambridge debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, debiendo entenderse que dicho cálculo ha de efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones. Un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una “entidad adjudicadora”, en el sentido de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas Directivas, en lo que atañe a tal contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate».

Finalmente, debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisión por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización (en lo sucesivo, SPCU) y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado (en lo sucesivo, SA VAM).

Sobre este punto, la STJCE de 27 de febrero de 2003 (*Adolf Truley*) afirma que:

«Un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 93/36. En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión».

En este criterio conviene reseñar la reciente STJCE de 14 de diciembre de 2007 (*Bayerischer*), que aclara qué debe entenderse por «actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales y otros organismos de Derecho público» a los efectos de interpretar y aplicar adecuadamente el concepto de *organismo de Derecho público* como *poder adjudicador* en el Derecho comunitario de los contratos públicos, afirmando que «existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión como los examinados en el asunto principal están mayoritariamente financiadas mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor, impuesto, calculado y percibido según normas como las consideradas en el asunto principal».

Éstos son los requisitos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas²⁴.

En este contexto descrito debe entenderse la STJCE de 15 de mayo de 2003 (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005)²⁵, por la que se condena al Reino de España por incumplimien-

²⁴ En definitiva, como recuerda BAÑO LEÓN, «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas», núm. 151 de esta REVISTA, 2000, pág. 15, lo que importa al Derecho comunitario (desde criterios funcionales) es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene una influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También, S. GONZÁLEZ-VARAS, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 24.

²⁵ Sobre estas sentencias de 2003 pueden consultarse, además de los comentarios de GARCÍA DE ENTERRÍA publicados en la *REDA* núms. 119 y 120, los de PIÑAR MAÑAS, «La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJCE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 585, 2003; José Antonio MORENO MOLINA, «Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000», en José María GIMENO FELIU (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; NOGUERA DE LA MUELA, «El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en José María GIMENO FELIU (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, y también en su estudio «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, págs. 17-45; José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, «El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37, enero-junio 2004, págs. 205-238; CARRILLO DONAIRE, «Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal

to en materia de contratación, al afirmar que «no cabe interpretar el concepto de “organismo de Derecho público” utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665». Los motivos que justifican esta decisión del TJCE son elocuentes:

«Ha quedado acreditado que, a tenor del artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley, los organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado, categoría constituida en el ordenamiento jurídico español por las sociedades mercantiles bajo control público, quedan fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública.

48. Resulta de lo anterior que, para determinar si esta exclusión constituye una adaptación correcta del Derecho interno al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, es necesario comprobar si el concepto de “entidad adjudicadora” que figura en esta disposición se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto.

(...)

51. De ello se desprende que, para determinar si la normativa española adoptada para ejecutar el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 incorpora correctamente el concepto de “entidad adjudicadora” que figura en este artículo, es necesario hacer referencia a la definición de dicho concepto y, de manera más particular, a la de “organismo de Derecho público” utilizada, con

de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 51, 2003, págs. 127-151; y BERNAL BLAY, «Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (*Comisión Vs. Reino de España*) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo», núm. 168 de esta REVISTA, 2005, págs. 167-185.

unos términos esencialmente idénticos, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

52. El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, *una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público* (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

53. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de “organismo de Derecho público” debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartados 51 a 53). *El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de “organismo de Derecho público” debe interpretarse en sentido amplio* (sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-0000, apartado 43).

54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respec-

to (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que *el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.*

56. Es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado.

57. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, *no cabe interpretar el concepto de “organismo de Derecho público” utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.*

58. Por otra parte, no cabe sostener que esta conclusión suponga hacer caso omiso del carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que dichas sociedades persiguen satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si la entidad afectada cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

59. La citada conclusión tampoco queda desvirtuada por la falta de referencia expresa en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 a la categoría específica de “empresas públicas”, que sin embargo se utiliza en la Directiva 93/38. A este respecto, basta con recordar que los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones

adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de la Directiva 93/38 se rigen por la Directiva 92/13 y no por la Directiva 89/665.

60. Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de “entidad adjudicadora” que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37» (cursiva nuestra).

En consecuencia, una empresa pública podrá no aplicar la normativa de contratación pública sólo cuando no concurren los citados tres requisitos para tener la consideración de poder adjudicador.

Interpretación avalada por la STJCE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública SIEPSA, al sostener que procede concluir que

«las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37».

Esta decisión se fundamenta en que la citada empresa cumple los requisitos exigidos para tener la consideración de poder adjudicador: tiene personalidad jurídica, está controlada por el poder público y es una actividad de interés general. En este último aspecto conviene insistir pues el Tribunal entiende que la actividad de la empresa es de por sí de interés general, lo que se avala por el dato —ciertamente decisivo— de que esta empresa, obviamente, no asume riesgo ni tiene fines de lucro, lo que supone que carece de contenido económico al ser el riesgo consustancial a toda actividad empresarial. El texto de la sentencia es elocuente:

«constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco

probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.

84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, *las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.*

86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.

87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. *Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.*

88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus activida-

des con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.

91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, *parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.*

92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específica-

mente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37».

Esta sentencia aporta un dato claramente relevante: en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública. Es decir, no concurre el requisito de ser actividad económica o industrial.

Para cerrar esta cuestión debe recordarse la sentencia de 13 de enero de 2005, de nueva condena al Reino de España por incumplimiento del ámbito subjetivo contenido en las Directivas (condenando también por la inadecuada utilización de la técnica del convenio interadministrativo y del procedimiento negociado). En la misma, el Tribunal recuerda las sentencias ya condenatorias del 2003 y concluye:

«27. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de “organismo de Derecho público”, concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumu-

lativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

28. De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).

29. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 75).

30. Por otra parte, esta conclusión tampoco puede invalidarse por la falta de referencia expresa, en las Directivas 93/36 y 93/37, a la categoría específica de las “empresas públicas”, utilizada no obstante en la Directiva 93/38 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 76).

31. Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de “entidad adjudicadora” que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de

su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas».

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada (indiferente a estos efectos), de las notas de control público y de la satisfacción de una actividad de interés general (aunque ésta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por qué existir necesariamente monopolio. Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas), en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, será legítima —incluso necesaria— la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la inaplicación de las reglas de la contratación pública. Pero en dicho caso estas «empresas públicas» concurrentes con la iniciativa privada deberán aceptar las reglas de juego impuestas a todos los agentes económicos, cuyo núcleo principal se concentra en el Derecho de la Competencia. Esto significa que la coexistencia de un sector empresarial público con un sector privado, dentro del marco de una economía social de mercado y la pertenencia a la Comunidad Europea, exige que las empresas públicas que actúan en el mercado se sometan a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado (vulnerándose los arts. 81-82 y 87 TCE).

3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El mayor o menor éxito de la reforma presentada, con un ambicioso artículo 1 que puede y debe desempeñar una importante función interpretativa, ha de depender de la corrección en el alcance efectivo de quién tiene consideración de poder adjudicador y debe aplicar los principios y reglas de esta LCSP. Es cierto que es ése uno de los objetivos principales del texto presentado, pero el resultado es, cuando menos, desolador. Nada se ha avanzado al introducir numerosas dudas interpretativas derivadas de la propia definición de los

conceptos. En definitiva, más inseguridad jurídica en una ley de carácter estructurante para el ordenamiento jurídico-administrativo, lo que puede impedir la efectividad de los objetivos pretendidos con la reforma²⁶.

A esta cuestión se refiere el Consejo de Estado en el citado Dictamen sobre la LCSP al afirmar:

«En primer lugar, se pretende la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley reguladora de los contratos públicos: ello quiere conseguirse, no ya mediante la extensión parcial de las previsiones legales pensadas para el contrato de la Administración Pública “*stricto sensu*” a ciertos sujetos y contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (sistema del artículo 2 y disposición adicional sexta del vigente texto refundido), sino construyendo desde el inicio la ley de contratación pública como una ley del sector público en el sentido más amplio posible y que pueda servir —en palabras de la exposición de motivos (apartado II, último párrafo)— como “*nicho normativo*” que permita albergar ahora o en el futuro por decisiones de política legislativa, las reglas a aplicar por las distintas clases de sujetos. Y en segundo lugar, se quiere con este nuevo planteamiento identificar nítidamente qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: para localizar estas últimas, se acuña el concepto de “*contratos sujetos a regulación armonizada*” para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias».

Y es que si observamos los artículos 2 y 3 de la LCSP (que deberían ser el *corazón* de la norma) se obtiene una conclusión evidente: se confunde el género —el poder adjudicador— con la especie —los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley—. Y ello porque el texto legal debería haber sido sistematizado pensando en el concepto

²⁶ Vid. al respecto M. CARLÓN RUIZ, «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico», en libro colectivo, dirigido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1801-1823.

funcional de poder adjudicador pero también en el concepto funcional de contrato público²⁷. Así, parece que determinados contratos públicos quedan fuera del alcance de esta Ley, lo que ha de obligar a reinterpretaciones que resulten conformes al Derecho comunitario. Es más, lo lógico hubiera sido previamente definir el género —poder adjudicador— y su interpretación conforme a la jurisprudencia del TJCE (como acertadamente sí hace la Ley Foral de Contratos Públicos de 2006)²⁸. Es necesario, por tanto, una interpretación adecuada que pivote sobre el concepto comunitario de poder adjudicador —anteriormente descrito—, tal y como, por cierto, sí se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la LCSP al afirmar:

«A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos; esta lista, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local y la adición de menciones expresas a las Universidades Públicas y a los denominados “reguladores independientes”, está formulada en términos extremadamente amplios. Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado —que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma—, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comu-

²⁷ Así, el sometimiento de contratos de órganos constitucionales debería ser directo y no por previsión de la Disposición Adicional Tercera LCSP. De confusa califica igualmente a esta Disposición J. A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 78-79.

²⁸ Vid. J. M. GIMENO FELIU, «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», en libro colectivo, dirigido por J. CRUZ ALLI, *La contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona, 2007.

nitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva».

Sin embargo, la plasmación de esta intención en el texto legal no parece tan evidente, quizá porque el legislador estatal ha optado para este crucial aspecto por una transposición que, cuando menos, se debe calificar de «barroca», que parece más fijarse en el concepto formal de sector público²⁹. Dice así el artículo 3 LCSP:

«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 que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia

²⁹ Por otra parte, la LCSP extiende su ámbito objetivo de aplicación por imperativo de su artículo 2: «Artículo 2. Ámbito de aplicación. 1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 250».

funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un 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 por 100.

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 Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación 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 100 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.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 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.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores».

Pues bien, una primera impresión, atendiendo a la dicción del artículo citado —además de extenso—, es que este precepto no se ajusta, desde una interpretación formal, a la propia definición de poder adjudicador de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, que se supone se pretende transponer, al quedar —al menos aparentemente— entes excluidos de la aplicación de esta normativa (si no están mencionados no están incluidos, parece deducirse de la dicción literal del artículo 2.1 LCSP). Es lo que sucede con empresas públicas y fundaciones no participadas mayoritariamente, excluidas aparentemente de la aplicación de la Ley, cuando pueden tener la consideración de poder adjudicador. La LCSP sólo atiende al dato de la participación pública y no al dato de la función o finalidad de dicha entidad a efectos de su consideración como sector público. Además, la LCSP no prevé expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal y como previene la Directiva de contratos públicos, lo que habría de comportar evidentes economías de escala.

Procede realizar una interpretación sistemática, y observando la estructura de este precepto se constata que describe una especie de círculos concéntricos donde no siempre queda claro quién y por qué se encuentra en cada uno de ellos³⁰. Así, se define quién, a efectos de esta Ley, es sector público; quiénes de éstos son Administración públicas; para, posteriormente, decidir quiénes tienen consideración de poder adjudicador. Lo que significa que entes del sector público pueden no ser poder adjudicador.

Quizá el principal problema interpretativo deriva del párrafo 3 de este precepto, al incluir la figura de poder adjudicador sin definirla claramente ni conceptualarla como pieza esencial del sistema, lo que puede llevar a interpretaciones contradictorias sobre qué sujetos y en qué casos deben aplicar la Ley. Por ello, entiendo que una mejor comprensión de este precepto y del alcance del ámbito subjetivo aconseja leer primero este párrafo 3 para determinar si un ente es o no poder

³⁰ Vid. SOSA WAGNER, quien afirma que en la LCSP «describe el legislador el ámbito subjetivo, agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración “a los efectos de la Ley” de las Administraciones públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a “los poderes adjudicadores”, para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público. La descripción resulta aparentemente muy elemental; sin embargo, su exégesis no está exenta de dudas. Es más, al tratar el legislador de mantenerla en todo su discurso, ha introducido un pie forzado que resquebraja tradicionales conquistas del régimen de protección del interés público». «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, 17 de enero de 2008. Sobre esta cuestión resulta de interés la Circular Informativa 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

adjudicador —conforme a los criterios ya referidos fijados por el TJCE—, para posteriormente determinar si es Administración pública (a los efectos de esta Ley)³¹ y, finalmente, si es un ente que no siendo Administración pública es sector público (a efectos de esta Ley, insistimos) y aplica las previsiones específicas en lo relativo a preparación y adjudicación —téngase en cuenta que la Disposición Adicional Trigesimosegunda establece que las Agrupaciones europeas de cooperación territorial reguladas en el Reglamento (CE) núm. 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, cuando tengan su domicilio social en España, ajustarán la preparación y adjudicación de sus contratos a las normas establecidas en esta Ley para los poderes adjudicadores—.

De esta manera se evita un primer problema derivado de una interpretación formal del artículo 3 relativa a que los que no están citados en el párrafo primero no son nunca sector público, como ocurre con las empresas públicas y fundaciones no participadas mayoritariamente, pues en estos casos, si son poder adjudicador, deberán someterse a las previsiones de esta Ley, a pesar de la aparente exclusión que se desprende de una interpretación literal del párrafo primero. Por otro lado, se corrige también la posible interpretación de que los entes enumerados en el párrafo primero no se citan en el segundo, dando la impresión de que a los no citados como Administración pública —como sucede con los consorcios— no les sería de aplicación la Ley en esa condición y su régimen sería el del Derecho privado. Y es que el elemento clave es el apartado e) de ese párrafo, cuyo análisis nos lleva a la conclusión de que consorcios y agencias públicas, en cuanto son entes de Derecho público, cuando cumplan alguno de los dos requisitos de ese párrafo 2, letra e), tendrán la consideración de Administración pública y estarán sometidos a las prescripciones de la LCSP en todo caso, tanto en fase de preparación y adjudicación como de cumplimiento y extinción, al margen del concreto importe del contrato³².

³¹ Al respecto debe tenerse en cuenta la Disposición Adicional Tercera de esta Ley, que considera como Administración pública a los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. Y también la Disposición Final Quinta, al incluir a estos efectos al ADIF.

³² Tanto consorcios como agencias son estatales y entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública. En el caso de las agencias, el artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, nos recuerda que éstas cuentan con patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. De este criterio participa D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 35-36.

Así, junto a éstos, serán poder adjudicador y Administración pública —siendo en consecuencia con carácter general de naturaleza administrativa— los entes territoriales, organismos autónomos, universidades públicas y las denominadas Administraciones independientes (como Banco de España, Comisión del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Consejo de Seguridad Nuclear, Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional del Sector Postal, Agencia de Protección de Datos y Comisión Nacional de la Energía)³³.

Los entes del sector público que no sean Administración pública serán poder adjudicador cuando concurran las características exigidas por el TJCE, advirtiendo que las empresas públicas que tengan consideración de medio propio se considerarán en todo caso poder adjudicador —art. 4.n) LCSP—³⁴. En todo caso, lo más llamativo de este complejo artículo 3 LCSP lo encontramos en el párrafo 2, al afirmar que: «*No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales*». Esta decisión del legislador implica una evidente desconexión con la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con la LOFAGE, con la LRJAPAC y con la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (entre otras), ya que, además de utilizar un concepto de sector público distinto, se opta por abandonar categorías aceptadas por el Derecho administrativo al afirmarse que las entidades públicas empresariales —y sus equivalentes autonómicos y locales— no tendrán la consideración de Administración pública (art. 3.2 *in fine*), ocurriendo otro tanto con los entes dispuestos en la Disposición Adicional Vigésimoquinta (Museo del Prado, Instituto Español de Comercio Exterior, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, Ente Público Puertos del Estado y Autoridades Portuarias). Esto significa que sus contratos serán privados, lo que, en concordancia con el artículo 21.2 de la LCSP —que residencia en el orden civil también los actos de preparación y adjudicación de estos contratos de entes que NO son Administración pública—, nos lleva al siguiente interrogante³⁵: ¿cómo es posible que

³³ Vid. D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, *ob. cit.*, págs. 34-35.

³⁴ Me remito sobre esta cuestión a mi trabajo «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», en *Informe Comunidades Autónomas 2005, 2006*, págs. 838-858.

³⁵ Esta solución, de forma indirecta, encuentra apoyo en el planteamiento de B. MACERA y de BORRAJO INIESTA, para quien la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder puede hacerse incluso con mayor eficacia por el juez civil, que puede controlar el cumplimiento —incluso de la Administración— de las exigencias constitucionales o las obligacio-

actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residencien en la jurisdicción civil? ¿No son actos administrativos? Se resucita, en definitiva, la problemática de la dualidad de jurisdicciones, superada ya hace tiempo al entender que era la calificación jurídica del contrato lo que atraía esta jurisdicción³⁶.

En mi opinión, esta opción legislativa puede comportar más problemas que ventajas. El principal, que se dividiría el régimen de control y recursos en función del ente contratante de manera que contratos análogos irían a jurisdicciones diferentes, con la posibilidad de que apareciese jurisprudencia discrepante. Una adecuada coherencia aconseja mantener la clásica teoría de los actos separables, residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato (como sucede con los de umbral comunitario) al residenciar tras el recurso especial de contratación su fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante. Es decir, debería subsistir la conocida teoría de los «actos separables»³⁷.

Curiosamente, este artículo 3 obliga también a reconsiderar la situación de otros entes que se someten en todo caso (en lo que, se me permita, parece un *exceso de frenada*), como sucede con las Mutuas de Accidentes de Trabajo, que, en mi opinión, no cumplen los tres requisitos exigidos por el TJCE (posición que mantiene España al contestar al reciente Dictamen Motivado de junio de 2006, en relación al artículo 2.1 LCAP) para merecer la consideración de poder adjudicador. Obviamente, pueden tener la consideración de sector

nes derivadas del Derecho comunitario europeo. B. MACERA, «La sujeción a control contencioso-administrativo del *fieri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima», núm. 155 de esta REVISTA, 2001, págs. 242-251; y BORRAJO INIESTA, «El intento de huir del Derecho Administrativo», REDA, núm. 78, 1993, págs. 234 y ss. En su opinión, es posible que los Códigos del Derecho privado, reforzados por la Constitución y el Derecho comunitario europeo, ofrezcan un sustrato suficiente para la existencia de un Derecho administrativo paralelo al que se cimenta en las leyes administrativas, y cuya construcción corresponde a la jurisprudencia y a los estudiosos (pág. 249).

³⁶ Vid. al respecto T. FONT I LLOVET, «Control jurisdiccional de la selección de contratistas», en libro colectivo *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor S. Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, págs. 1453-1454. También, MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 315; y RIVERO YSERN, «¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos a derecho privado?», en libro colectivo *Homenaje a Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 701.

³⁷ Vid. BAÑO LEÓN, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en libro colectivo *Comentario Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2004, pág. 362.

público por declararlo la Ley, pero si no cumplen los requisitos para consideración de poder adjudicador deberán someterse exclusivamente a la obligación derivada del artículo 175 LCSP. Y para resolver esta cuestión debe acudir al artículo 68 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, donde se afirma que: «Se considerarán mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas». Es decir, las Mutuas son un ejemplo de la denominada autoadministración porque una asociación —y no corporación— actúa por delegación para prestar funciones públicas³⁸. Pero esta naturaleza no debe confundirnos y llevarnos a pensar que es por ello poder adjudicador por cuanto, aun cumpliendo el dato de personalidad jurídica y de control en ciertas funciones, no todas sus actividades son de interés general, sino sólo alguna de ellas. En consecuencia, no cumplen en todo caso las condiciones para su calificación como poder adjudicador y, por ello, siendo sector público, tienen una aplicación *soft* de los principios que obligarán a éstas a tener Manuales de instrucción conforme a las prescripciones previstas en la LCSP, en el artículo 176 (no obstante, desde el Ministerio de Trabajo se ha considerado que las Mutuas sí revisten el carácter de poder adjudicador, por lo que éstas han optado por seguir los trámites derivados de tal consideración).

Por último, conviene llamar la atención sobre el último inciso del artículo 3.3.c) LCSP, al considerar poder adjudicador a «las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores». De esta previsión se deduce, por ejemplo, que la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y las homólogas autonómicas son poder adjudicador, al igual que sucede con las mancomunidades³⁹.

³⁸ Al respecto, vid. el estudio de L. A. POMED SÁNCHEZ, «Naturaleza de las Mutuas de Accidente de Trabajo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, págs. 70 a 79.

³⁹ Opinión que también comparte D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, *ob. cit.*, pág. 42.

Como consecuencia final, los entes del sector público que no sean poder adjudicador conforme al concepto comunitario —ciertas empresas públicas o fundaciones, por ejemplo— están sujetos también a la Ley pero conforme a las prescripciones del artículo 176.

Se establece, por tanto, un sistema diseñado sobre los conceptos poder adjudicador, Administración pública y sector público, del que se deduce, por lo demás, un abandono de la categoría del contrato administrativo como referente de esta regulación. Pero lo más grave de todo este complejo entramado —y que parece un tanto oculto— es la consecuencia que se deriva de que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria) a quienes no son Administración pública se les exceptiona de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina —art. 175 LCSP— que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (nada dice de las prohibiciones de contratar, aunque de la coherencia sistemática de la Ley así se desprende). Se deberán regular los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios referidos, asegurando que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica —derivada de la dicción del art. 43 LCSP— obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato, y en la tramitación deberá estarse a lo previsto en el artículo 121.2. En todo caso, estos Manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deberán ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. Ciertamente, esta decisión del legislador parece un avance frente a la situación actual pues se reconoce ya que por debajo del umbral juegan los referidos principios, pero la puesta en funcionamiento puede contribuir a potenciar el efecto contrario.

Y es que esta «deslegalización procedimental» parece peligrosa pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado, potenciando la compra del «cercano» e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecua-

da concurrencia, de las economías de escala⁴⁰. Hubiera sido mejor introducir flexibilización (concursos simplificados, documentación sólo exigible al adjudicatario propuesto, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. Se abre, por tanto, un portillo peligroso que puede derivar en la inaplicación de hecho de la LCSP mediante la configuración, por ejemplo, de entes de Derecho público que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán de un régimen *ad hoc* por debajo del umbral comunitario. Lo que, previsiblemente, en la Administración local sucederá en muchas ocasiones.

Un aspecto positivo de la LCSP, que va más allá de lo que previene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos (y conforme a lo previsto en la Comunicación interpretativa de la Comisión ya citada de 1 de agosto de 2006), es que introduce una previsión para los entes del sector público que no alcanzan la consideración de poder adjudicador, obligando a los mismos a que apliquen unas reglas de transparencia y concurrencia que permitan adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa. Esta previsión introduce un régimen más detallado que la previsión de la Disposición Adicional Sexta de la LCAP, en un intento de garantizar objetividad y eficiencia de fondos públicos.

Una consecuencia muy destacada es que a estos entes del sector público (art. 3.1 LCSP) que no son poderes adjudicadores no se les aplica la distinción entre los contratos que no son de umbral comunitario y los armonizados. Es decir, no se aplican las reglas de la LCSP, sino que, como establece el artículo 176 LCSP, se regularán sus contratos por manuales de instrucción que, respetando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, permitan adjudicar a la empresa que realice la oferta económicamente más ventajosa. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar (por art. 43 LCSP). En todo caso, estos Manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

En todo caso, y a modo de reflexión final, se constata un sistema

⁴⁰ Se suscita una duda adicional: ¿cuál es la naturaleza jurídica de estas instrucciones que no provienen, a los efectos de esta LCSP, de Administraciones públicas y quién puede controlar su contenido? En el caso de entidades públicas empresariales, bien podría defenderse que aquí son Administración pública y su control correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no resulta tan fácil extender esta conclusión con empresas públicas, fundaciones o mutuas.

complejo y con ciertas contradicciones que puede plantear no pocas dudas interpretativas y cuya impresión se asemeja a la de un moderno caballo de Troya que, bajo un manto reluciente, incorpora en su interior los resortes que posibilitan una inaplicación de la LCSP y de sus principios, en una huida —quizá sin vuelta atrás— de las reglas del Derecho público de la contratación administrativa⁴¹.

Todo lo expuesto explica la visión negativa de esta Ley —una nueva ocasión perdida—, pues el gran esfuerzo que varios de sus preceptos incorporan por modernizar el funcionamiento de las Administraciones públicas será estéril por inaplicación de hecho de sus reglas (amén de generar innecesaria inseguridad jurídica).

Así las cosas, un modelo más correcto, a mi juicio, es por el que opta la Ley Foral navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuyo artículo 2 realiza una adecuada definición de los distintos sujetos sometidos, personas y entidades sometidas a la Ley Foral:

«1. Quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley Foral:

a) El Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.

b) La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus Organismos Autónomos y la Administración asesora y consultiva de las Administraciones Públicas de Navarra.

c) Las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local.

⁴¹ Elocuentes e irónicas son las palabras de SOSA WAGNER sobre este precepto: «si consideramos la Ley como un argumento teatral, no es extraño que nos hayamos acordado de la famosa opereta *El murciélago* de Johann Strauss (hijo), basada en un vodevil. Es conocido el argumento en el que los personajes representan otro papel en una fiesta organizada por el Príncipe Orlofsky: el protagonista Eisenstein, el de un marqués francés; su mujer, una princesa húngara; su doncella, una dama vienesa; el jefe de la cárcel, otro caballero francés... Incluso se desconoce la verdadera identidad del príncipe, de ahí que se interprete por una mujer. Pero es clara su máxima: que cada uno se divierta a su gusto (*chacun à son goût!*). Tal parece la Ley: las personificaciones jurídicas cambian de papel, de régimen jurídico, pues tradicionales organismos públicos hacen contratos de obras o suministros privados; a la vez que sociedades y fundaciones públicas son controladas por los tribunales contenciosos; y todo ello actuando con gran discrecionalidad, es decir, *chacun à son goût*. Claro que existen algunas diferencias. En lugar de la excepcional música leemos una penosa redacción y, sobre todo, en la opereta al final se descubre el enredo y el protagonista pide disculpas porque el champán tuvo la culpa (*Champagner hat's verschuldet*). Pero con esta Ley no podrán deshacerse tan fácilmente los enredos que origine. Únicamente, quizás el champán sea el germen de una nueva reforma...». «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, 17 de enero de 2008.

d) La Universidad Pública de Navarra.

e) Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos:

— Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.

— Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia.

f) Las personas y entidades privadas cuando celebren los contratos reseñados en las letras b), c) y d) del artículo 3.

2. A los efectos exclusivos de la aplicación de esta Ley Foral se entiende por Administraciones Públicas de Navarra las entidades contempladas en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, sin que pueda afectar a su naturaleza institucional.

3. Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley Foral las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a esta Ley Foral que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público».

Aquí se cumple con la Directiva 2004/18 y con la jurisprudencia del TJCE⁴². Esta opción podría ser cuestionable —o no—, pero si el

⁴² A la que explícitamente se refiere, por cierto, el artículo 21 de dicha Ley, como referente interpretativo.

legislador estatal quería diferenciarse de este modelo autonómico debería haber optado por alguna fórmula más sistemática e inequívoca.

Es más, de no imaginar una salida convincente desde la perspectiva de la seguridad jurídica, hubiera sido mejor optar por la solución del legislador andaluz en su Ley 18/2003, de 19 de diciembre, al declarar su artículo 122 que a las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria les serán de aplicación las reglas de la LCAP cuando superen los umbrales comunitarios. Se opta por remitir al Derecho comunitario como fuente última, desistiendo de definir qué sujetos o entes se encuentran a priori sometidos.

En conclusión, la LCSP plantea —o, mejor, reitera— nuevos problemas interpretativos que, en buena técnica legislativa, deberían haber sido erradicados, optando por un modelo comunitario y claro. No parecen ser éstas las premisas de la reforma. Y ello nos va a obligar a interpretar correctamente la nueva norma, en primer término, de conformidad al Derecho comunitario —Directiva y jurisprudencia del TJCE—, ya que éste, obviamente, se caracteriza por la nota de primacía. Y, en defecto de éste, conforme a los principios referidos en el artículo 1 LCSP, lo que obligará a descartar las interpretaciones que no conduzcan a una efectiva concurrencia y eficiencia de los fondos públicos. Labor que no parece sencilla y que puede aconsejar o incentivar a las Comunidades Autónomas a regular sobre esta materia para reconducir las consecuencias no deseadas que pueden derivarse del marco diseñado por la LCSP.

Un ejemplo de ello es lo que sucede con los contratos públicos de quienes no son poder adjudicador, y a los que extiende su aplicación por imperativo de los artículos 17 y 250 LCSP (contratos subvencionados y concesionarios, respectivamente) en la medida que existe una financiación pública en dicha relación jurídica. Nada dice de otro tipo de contratos materialmente públicos asimilables a los anteriores, como se deriva de la STJCE de 12 de julio de 2001 (*Scala Milán*) y de indudables consecuencias en la actividad urbanística. Pues bien, del artículo 2.2 LCSP, en interpretación sistemática con la LCSP, puede afirmarse que las obras de urbanización derivadas de nuestra legislación urbanística son obra pública⁴³, debiéndose apli-

⁴³ La STJCE de 18 de enero de 2007 (*Auroux*) aclara la duda del alcance del concepto de obra: según el Considerando 46 de la citada sentencia, procece entender como obra «los elementos constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de dicha obra».

car —desde una perspectiva objetiva y no tanto subjetiva—, a efectos de publicidad y concurrencia, las reglas de la Directiva de contratos públicos⁴⁴.

⁴⁴ Me remito a mi trabajo «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública», núm. 173 de esta REVISTA, 2007, págs. 63 a 100.