

## ÁMBITO SUBJETIVO, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y GOBERNANZA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (\*)

JULIO TEJEDOR BIELSA

*SUMARIO: I. LA PROGRESIVA Y PEREZOSA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.– II. ¿HASTA DÓNDE LLEGARÁ EL SECTOR PÚBLICO? PARTIDOS POLÍTICOS, SINDICATOS Y OTRAS ENTIDADES SUJETAS.– III. LA CONFUSIÓN ENTRE CONTRATACIÓN Y ORGANIZACIÓN.– IV. UNA GOBERNANZA A JUEGO. DE NUEVO EL LEGISLADOR PENDULAR.– V. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La contratación pública tiene una enorme importancia para el funcionamiento del sector público. Contar con una normativa que, en el marco de las Directivas, permita alcanzar los objetivos primarios y estratégicos de la contratación resulta esencial. Garantizar la obtención de obras, servicios y suministros en condiciones óptimas ha de ser compatible con otros fines ambientales, sociales y económicos y tal es uno de los objetivos fundamentales de la última normativa europea. Pero en España, en parte como reacción a los casos de corrupción que se van conociendo, en parte por pura inercia normativa escasamente reflexiva, nos hemos dotado de una normativa básica extensísima, alejada del propósito simplificador promovido desde la Unión Europea, que dificultará, en lugar de favorecer, el logro de los objetivos primarios y estratégicos de la contratación. La estructura de gobernanza, por lo demás, determina una suerte de tutela del Estado sobre el resto de entes del sector público que, al margen de su débil cobertura competencial, parece poco justificable en el Estado autonómico.

*Palabras clave:* contratación pública; contratación estratégica; partidos políticos; sindicatos; poder adjudicador; gobernanza.

*ABSTRACT:* Public procurement is of enormous importance for the functioning of the public sector. Having a regulation that, within the framework of the Directives, allows to

---

(\*) Este trabajo recoge, reelaboradas, ideas desarrolladas de forma más extensa en mi monografía *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2018. Uno y otra se enmarcan en el proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P.

*reach the primary and strategic objectives of the contract is essential. Guaranteeing the procurement of works, services and supplies under optimal conditions must be compatible with other environmental, social and economic purposes and this is one of the fundamental objectives of the latest European regulations. But in Spain, partly as a reaction to the cases of corruption that are becoming known, partly due to purely reflexive normative inertia, we have endowed ourselves with a very extensive basic regulation, far from the simplified purpose promoted by the European Union. This Spanish basic regulation, which will make it difficult, in place to facilitate, the achievement of the primary and strategic objectives of contracting. The governance structure, on the other hand, determines a kind of protection of the State over the rest of the public sector entities that, apart from their weak competence coverage, seems unjustifiable in the autonomous State.*

*Key words: public procurement; strategic hiring; overregulation; political parties; trade unions; contracting authorities; governance.*

## **I. LA PROGRESIVA Y PEREZOSA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA**

Difícilmente puede entenderse el más reciente derecho español de la contratación del sector público, hoy codificado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), sin conocer su evolución desde que, allá por los años sesenta del pasado siglo, se aprobase la vieja Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, que dio lugar al Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

Fue aquella regulación de mediados de los años sesenta del pasado siglo una normativa de contratos para la administración del Estado, solapada con normas específicamente concebidas para la administración local, al margen de la cual quedaban convenios y otras técnicas que permitían, incluso a los entes públicos, huir con relativa facilidad de la aplicación de la normativa contractual pública. El contrato administrativo, en ese contexto, tenía pleno sentido perlado como estaba de prerrogativas a favor de la administración por razón de interés público. La vieja legislación estatal de contratos del Estado fue la Ley de la huida.

A partir de ahí, sin embargo, la evolución del derecho español de la contratación pública ha estado marcada por la captura de los huidos, por el cierre de las vías de agua que esa normativa tenía, un proceso en el cual la integración en la Unión Europea y la incorporación de su derecho sobre contratación pública a nuestro derecho interno, que alumbró un «auténtico

calvario» al decir de algún autor (1), actuó como catalizador imponiendo, sin embargo, una lógica conceptual en la que la distinción entre administración pública y otros entes del sector público resultaba irrelevante y para la que la distinción entre contrato administrativo y contrato privado era un mero artificio sin consecuencias para el legislador europeo. Los que huyeron de la normativa de contratos del Estado de hace cincuenta años no han podido huir de la normativa de contratos públicos de la Unión Europea.

Perseguidos por la Unión, capturados por el legislador español, los huidos fueron llevados a un lugar en el que nunca antes habían estado y que, además, no fue diseñado para ellos. En un alarde de la forma pendular de legislar tan propia de nuestro país, como si de un castigo se tratase, de la mera exigencia legal de sumisión de su actividad contractual a ciertos principios de la normativa europea no se pasa ahora sólo a la plena exigencia de esta, por encima y debajo de umbrales y sin distinción con otras entidades sujetas, no es sólo la normativa europea la que están ahora obligados a cumplir. Las entidades huidas, con la clara connivencia del legislador español, y capturadas, con la ayuda de las instituciones europeas a efectos del derecho de la Unión, ven también sometida ahora su actividad contractual, y aun su organización misma, a lo que queda, que es mucho, de la cultura regulatoria de aquella normativa de los años sesenta del siglo pasado, aquellas viejas normas concebidas para la administración del Estado. Ahora, tras sus muchas mutaciones y el mestizaje con la normativa europea, las aplican administraciones, entes de derecho público, sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, asociaciones de unos y otros, órganos constitucionales, partidos, sindicatos, mutuas o corporaciones de derecho público, entre otras entidades.

El legislador español, enfrentado tras la integración en la Unión a un entorno nuevo que impulsaba ese proceso de homologación de la práctica contractual a criterios concebidos en la Unión Europea y que, proactivamente, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han encargado de imponer, nunca ha querido renunciar a esa cultura regulatoria de los años sesenta del siglo pasado, nunca ha querido o sabido prescindir de esa inercia a reprimir la huida ampliando subjetiva y objetivamente el ámbito de aplicación de la vieja normativa de contratos del Estado, concebida para su administración, extendiéndola acríticamente a cuantas entidades encajan hoy en el europeo concepto de poder adjudicador. Cambia a menudo de traje, pero con las mismas rayas (DEL SAZ, 2007: 351-355). Sin embargo, no era ese el camino. No se trataba, ni se trata, de hacer aplicable la específica

---

(1) COLÁS, 2013a y 2013b, en un sugerente estudio de gran interés para conocer y entender antecedentes remotos y cercanos de nuestra normativa de contratación pública, afirma, refiriéndose al proceso de incorporación de las Directivas, que «esa integración jurídica está resultando ser un auténtico calvario».

regulación de la actividad contractual de la administración pública basada en el contrato administrativo a otros entes que, en ocasiones, poco o nada tienen que ver con ella. El problema no radicaba en extender la normativa contractual de la administración a otros entes, el problema era la normativa contractual de la administración que, muy probablemente, es lo que la Unión Europea pretendía renovar, como se está renovando en la mayoría de los Estados miembros.

Una de las más claras manifestaciones de los excesos regulatorios que provoca el afán de proteger nuestra tradición regulatoria del impacto renovador que impone la normativa que viene de la Unión Europea se muestra en la progresiva expansión de la regulación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa española de contratación del sector público. El sector público no administración pública ha sido sometido a durísimas críticas, que han llegado a cuestionar su misma existencia, acusado de una huida en la cual, realmente, no eran las entidades que lo integran las protagonistas. Y es que, si alguien huía no eran en realidad las empresas públicas, fundaciones u otras entidades del sector público; no eran las entidades las que huían, era la Ley, era el legislador. Hubiera bastado con establecer que la normativa reguladora de los contratos públicos se aplicase a los poderes adjudicadores españoles tal cual resultan definidos en las directivas europeas de contratos (2). Pero no. Seméjante simplificación de nuestra normativa hubiera resultado inaudita en España y, muy probablemente, juzgada del todo improcedente y temeraria. En su lugar, tras superar por obra y gracia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fundamentalmente, aquella castiza exclusión de las entidades privadas del sector público del europeo concepto de «organismo de derecho público», esta sí a todas luces improcedente (3), las sucesivas leyes de contratos españolas han ido perfeccionando esos círculos concéntricos que tanto juego dan para explicar su ámbito subjetivo en cursos, jornadas, congresos, grados y demás foros instructivos e intentar, además, exponer de forma coherente el régimen

---

(2) Sorprende que, cuando estamos ya incorporando la cuarta generación de Directivas de contratación pública, el Consejo de Estado continúe criticando en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 (apartado II, 2), la incorporación de conceptos provenientes de las Directivas en sí misma, y no tanto una adecuada integración de dichos conceptos con los de nuestro derecho interno, desplazándolos si es preciso en aras de la claridad y la seguridad jurídica.

(3) Recuérdese lo que establecía la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), procedente de la misma disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la condena a España mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra España*, dictada en relación con el ámbito de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989.

jurídico aplicable a cada uno de esos círculos comprensivos de entidades que, sin embargo, tan poco tienen que ver entre sí en muchas ocasiones.

La regulación del ámbito subjetivo, por ello, luce cada vez más compleja y amplia, haciendo que esos círculos crezcan, deformándose, impulsados por el concepto funcional de poder adjudicador, impuesto por la Unión y ajeno a categorías y conceptos nacionales. Ninguna relevancia tiene desde la perspectiva del derecho europeo la naturaleza pública o privada de una entidad a la hora de determinar su consideración como poder adjudicador. Son otros, como es bien sabido, los criterios determinantes de la inclusión de una entidad en esa categoría. Ninguna relevancia tiene, además, el concepto de sector público para las autoridades reguladoras europeas tal cual viene siendo definido en España, pues están más preocupadas por la clasificación de cada entidad a efectos de contabilidad nacional conforme a los conocidos criterios SEC2010 que por la naturaleza de la misma o su inclusión en una categoría propia de nuestro derecho interno (4).

Lo cierto es, como decía, que los círculos concéntricos no lo son sino por puro voluntarismo legal (5). Pero las cosas son lo que son, y no por mucho proclamarlo son sector público, aun mayoritariamente financiados por entidades del sector público, partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales u otras entidades del todo ajenas al mismo pero que, cualificadas por determinadas características, pueden considerarse entidades del sector público, aunque el legislador pretenda hacerlo al amparo del consabido «a los efectos de esta Ley». Es ese voluntarismo obsesivo, empeñado en sostener una tradición regulatoria ampliamente superada por la normativa europea, la fuente de muchos de los problemas que subyacen en la última Ley de contratos aprobada en España.

Esa forma de regular la contratación, sin revisión de lo anterior ni renuncia en lo esencial, no afecta únicamente a la definición del ámbito subjetivo.

---

(4) No deja de resultar curioso que, siendo clara la irrelevancia que apunto en el texto, el legislador contractual, que no renuncia a manejar el concepto de «contratos del sector público» una vez desbordados los de «contratos del Estado» y «contratos de las administraciones públicas», ni tan siquiera se plantee recurrir al concepto de sector público recientemente renovado en los artículos 2 y 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y construya un concepto propio, «a los efectos de esta Ley», en su artículo 3, un concepto que, sin embargo, no sirve para construir el ámbito subjetivo que regula dicho precepto porque lo verdaderamente relevante, el concepto de poder adjudicador, lo desborda. De ahí que aparezcan otras entidades en los apartados 4 y 5 del citado artículo 3 o en la disposición adicional cuadragésima cuarta, entes que no forman parte del sector público definido específicamente a los efectos de la LCSP, pero que contratan, en parte al menos, conforme a la misma.

(5) Sobre la imagen de los círculos concéntricos SOSA y FUERTES, 2008: 1, anticiparon ya muchos de los problemas que el tiempo demostró, y algunos de los cuales temo que la LCSP no resuelve.

Partiendo de ser una normativa de prerrogativa para la administración por razón de su vinculación al interés general, el derecho de la contratación pública se está convirtiendo, hoy día, en un derecho de garantías exorbitantes y extraordinariamente formalizadas favorables a los contratistas, que producen o pueden producir como efecto su protección excesiva y el amparo de actuaciones de estos poco compatibles con los intereses generales, sus ofertas y los propios contratos. El resultado es un sistema desequilibrado en el que prima la búsqueda de la competencia y la seguridad del contratista sobre otros objetivos de interés general y el poder exorbitante... ¿Para qué, pues, mantener la cultura regulatoria de esa devaluada exorbitancia? Parece conveniente reflexionar.

Llegamos así a una regulación en la que es la naturaleza pública o privada de la entidad la que determina en lo esencial, junto a otros factores colaterales, el carácter administrativo o privado del contrato (arts. 24, 25.1 y 26.1 LCSP); una regulación conforme a la cual, sin embargo e independientemente de la naturaleza administrativa o privada del contrato, el régimen de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada pretende ser uniforme, mientras que para el resto de contratos la uniformidad alcanza únicamente la adjudicación (aunque se irá extendiendo más allá, muy probablemente, por obra de los exégetas del nuevo texto legal) (arts. 19 a 23, 317, 318 y 321 LCSP); una regulación que impone a los contratos privados de los poderes adjudicadores no administración pública mucho del régimen de efectos y extinción, en los aspectos esenciales, que rige efectos y extinción de los contratos administrativos de los poderes adjudicadores administración pública (arts. 26.3 y 319 LCSP), hasta el punto de imponer con mayor rigor normas sobre efectos y extinción propias de los contratos administrativos a los contratos privados de los poderes adjudicadores no administración pública que a los contratos privados de administraciones públicas (art. 26.2 LCSP); una regulación, en fin, que impone el recurso especial a todas las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, sin distinción por su naturaleza (art. 44.1 LCSP, en relación con su art. 3, apartados 4 y 5, y su disposición adicional cuadragésimo novena) (6). Aun resultando cuestionable que la uniformidad se base en la extensión de una normativa concebida para los poderes adjudicadores que sean administración pública, lo cierto es que la LCSP no la logra.

---

(6) Se suscitan, sobre esta base, no pocas dudas competenciales habida cuenta de la ampliación de la planta de órganos competentes para resolver el recurso especial e, incluso, de la omisión en el art. 46 LCSP y en el segundo párrafo de su disposición adicional cuadragésimo novena de toda referencia a las Asambleas Legislativas autonómicas a diferencia de lo que ocurría en el art. 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Constreñidas autotutela y prerrogativas, tan férreamente procedimentalizadas, en garantía de intereses distintos de los generales que las fundaron, cabe cuestionar si por sí mismas justifican semejante complejidad, la incongruencia de una norma que afirma que simplifica, pero amplía y enreda, la regulación de la contratación del sector público introduciendo mayores complicaciones e incertidumbres y, como se ha demostrado incluso antes de su entrada en vigor, más inseguridad jurídica (7). ¿No hubiera resultado prudente reflexionar sobre la conveniencia de superar la distinción, a los efectos de la legislación contractual, entre administración pública, sector público y otros entes, en lugar de forzarla, adoptando el concepto europeo omnicomprensivo de poder adjudicador, sin más? ¿No hubiera contribuido a simplificar la regulación, desarrollando la anterior reflexión, recapacitar acerca de la tradicional distinción entre contrato administrativo y privado, sobre bases funcionales, incorporando sin más una única categoría de contrato con el régimen jurídico resultante de las Directivas y, por debajo de umbrales, de la posición de la Comisión desde 2006 y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea? (8). No por ello, en lo que fuese conveniente, debían suprimirse sin más autotutela y prerrogativas que, probablemente, hubieran resultado realizadas en aquello en que hubiesen sido mantenidas por considerarlo conveniente, necesario y compatible con la normativa europea y el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

No creo que sea el emprendido por el legislador estatal en 2017 el camino adecuado para resolver los problemas de la contratación en España. Sus obsesiones devalúan, y ponen en riesgo, muchos de los objetivos perseguidos por las Directivas que la nueva norma ha pretendido incorporar y reducen el potencial estratégico de la contratación que la Unión Europea desea impulsar. No son las obsesiones de la Unión Europea, conviene recordarlo, sino las propias. No es Europa la que nos impone este modelo regulatorio, somos nosotros. Y el contexto en que se aprueba, que enfrenta cada vez más a regulador, controladores y gestores, no ayudará. Preocupados estos por el día a día de la gestión pública, abrumados por la excesiva regulación de la contratación pública, lo están los dos primeros, sin embargo, por controlar hasta el último aspecto de procedimientos y criterios, más allá incluso de lo que diga la Ley interpretándola, siempre en línea de un mayor control, haciendo en ocasiones

---

(7) Una reflexión previa a la LCSP sobre las razones de la complejidad de nuestra normativa contractual en RÍOS, 2016: 21-60, que las concreta en la motorización legislativa, la proliferación de las prestaciones a contratar, las idas y venidas con el ámbito subjetivo, los niveles de exigencia determinantes de la aptitud del contratista y el control de la ejecución de los contratos como cuestión pendiente.

(8) GIMENO, 2008: 49, advierte, crítico, que en la LCSP2007 «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».

prospectiva dónde sólo resulta admisible estricta aplicación del principio de legalidad. No en vano, aún en periodo de *vacatio* de la mayor parte de la Ley, se llegó a anticipar su entrada en vigor (9) o a corregir, apelando al espíritu de la Ley por encima de su letra, el régimen literalmente establecido en la misma en aspectos esenciales (10). Y el gestor queda frecuentemente desarmado, sin posibilidad alguna de reacción dígase lo que se diga, fundado o no, por parte de Juntas, Letrados, Interventores u organismos de control externo (11). De nuevo el bucle, ¿quién controla al controlador?

En cualquier caso, esta forma de proceder del legislador básico viene provocando, con las diversas normas básicas sobre contratación que se han sucedido, muy notables interrogantes que, a mi juicio, surgen directamente de la sobreregulación a que se está sometiendo a la contratación del sector público y de la propia *vis expansiva* de la normativa europea y española de contratación. Y es que, para preservar unos círculos concéntricos que son puro voluntarismo normativo cuyo fin es salvaguardar categorías conceptuales en gran medida desbordadas por los nuevos tiempos, el legislador está forzando de modo extremo a efectos contractuales la elasticidad del concepto instrumental de «sector público». Resulta discutible, sin embargo, su necesidad y justificación real. Quizá los permanentes problemas de delimitación del ámbito subjetivo

---

(9) Informe 11/2017, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

(10) Explícitamente, en su Informe 2/2108, de 17 de enero, y en la citada Instrucción 3/2018, la Abogacía del Estado argumenta contra la letra de la Ley apelando al espíritu o la intención del legislador para realizar una interpretación correctora del art. 318 LCSP.

(11) Un buen ejemplo del ejercicio abusivo de la función de control externo proporciona el «Informe de fiscalización de diversos aspectos de la gestión del Ayuntamiento de Valencia. Ejercicio 2015», aprobado por el Consell de la Sindicatura de Comptes en reunión de 28 de diciembre de 2017. En sus páginas 75 y 76 fiscaliza una encomienda de gestión a un medio propio del Ayuntamiento con criterios doctrinales alejados de la letra de Ley y puestos en cuestión, incluso, por el Tribunal de Cuentas contra el criterio de la Junta Consultiva estatal. Formulada una documentada alegación por el Ayuntamiento de Valencia en este sentido (pp. 56-61 del documento de alegaciones), la Sindicatura despacha la alegación convirtiendo en Ley lo que considera, de forma cuestionable, «una opinión absolutamente consolidada» alegando para demostrarlo, precisamente, «el Tribunal de Cuentas, [...] recientemente ha promovido una moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las administraciones públicas, aprobada mediante Resolución de 27 de febrero de 2017, por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, con motivo de las múltiples deficiencias encontradas en la revisión de estas encomiendas de gestión» (p. 22 de la resolución de alegaciones). La propia propuesta de modificación legal formulada por el Tribunal de Cuentas desautoriza a la Sindicatura porque implica un reconocimiento explícito de que su criterio no está recogido en la Ley. La opinión, construida después de la actuación fiscalizada, además, se convierte de este modo en un canon de fiscalización que el gestor, en su día, no podía conocer. Parece, pues, que la legalidad que actúa como canon de la fiscalización es dinámica y no, como cabría suponer y exigir, la que sometía en su día la actuación del gestor.



de la Ley, y de régimen jurídico en conexión con ello, podrían resolverse de forma mucho más sencilla asumiendo y operando directamente con el concepto de poder adjudicador, simplificando así sustancialmente la LCSP y asumiendo de una vez por todas las consecuencias de régimen jurídico derivadas de las Directivas que, como demuestra el derecho comparado, no llevan indefectiblemente a un modelo regulatorio como el que hemos adoptado en España.

No, los círculos no son concéntricos, son excéntricos, y tangentes. La LCSP, como he explicado, retuerce el concepto de sector público, respecto de su definición en su normativa específica, incluyendo en el mismo entes que pueden no serlo, por el mero hecho de que sí son, conforme a los criterios específicos de las Directivas, poderes adjudicadores. Hay poderes adjudicadores que lo son por cumplir los criterios de las Directivas y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, por el mero hecho de serlo, son sector público. Y también hay poderes adjudicadores, que lo son por la misma razón, que están fuera del sector público al que se refiere el artículo 3 LCSP. Son contratos del sector público, dice el artículo 2.1 LCSP, los que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3, entre las cuales se incluyen entidades que no son sector público, como ocurre con las del apartado cuarto dicho precepto, o no tienen por qué serlo, *a priori*, al menos, en el caso de las de la letra d) del apartado tercero del mismo (12). Son contratos del sector público, en definitiva, contratos que pueden celebrar entidades que no son sector público. Los círculos, pese a lo que se ha repetido hasta la saciedad, no son concéntricos. El segundo círculo, que engloba a los poderes adjudicadores, tensiona artificiosa y voluntaristamente al tercero, el del sector público... y de ahí surgen problemas, incongruencias, complejidad y, finalmente, inseguridad jurídica. Veamos algunos ejemplos.

## II. ¿HASTA DÓNDE LLEGARÁ EL SECTOR PÚBLICO? PARTIDOS POLÍTICOS, SINDICATOS Y OTRAS ENTIDADES SUJETAS

Especialmente reveladora es la nueva regulación de la contratación de partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, así como de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquier de ellos. Estas entidades, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el art. 3.3.d) LCSP y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no

---

(12) Y dejo ahora al margen, no sin mencionarlas, a los órganos constitucionales del Estado y a los órganos legislativos y de control autonómicos a los que se refiere la disposición adicional cuadragésimo novena, que han de ajustar su contratación al régimen de las Administraciones públicas.

discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente (BERNAL, 2013) (13). Sin embargo, ha de tenerse presente que son contratos excluidos «los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político» (art. 11.5 LCSP), lo cual hará, en definitiva, que la actividad contractual más relevante quede al margen de los procedimientos de la LCSP.

En este sentido, el considerando 29 DC precisa que «no obstante, determinados servicios (como películas de propaganda y producciones de vídeo) están tan inextricablemente relacionados con las opiniones políticas del proveedor del servicio cuando se prestan en el contexto de una campaña electoral que sus proveedores se seleccionan habitualmente de un modo al que no se pueden aplicar disposiciones sobre contratación pública». Los excluye expresamente el art. 10.i) DC, confirmando de este modo que, tratándose de contratos adjudicados por un partido político, de no mediar la exclusión podrían estar sujetos si este reúne los requisitos para ser considerado poder adjudicador. El concepto de «campaña política», procedente del citado precepto de la DC, ha de ser entendido, a mi juicio, como «campaña electoral», dado que en otro caso resultaría difícil o imposible acotar su contenido y, dado el objeto de los partidos políticos, la mayoría de su actividad de comunicación quedaría al margen de la DC y la LCSP.

Estos sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación, que deberán publicar en sus respectivas páginas web y que se adecuarán a los principios señalados y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico (14). Dado que las instrucciones internas

---

(13) El considerando 29 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante DC) precisa que «es conveniente recordar que la presente Directiva solo se aplica a los poderes adjudicadores de Estados miembros. Por consiguiente, los partidos políticos en general no están sometidos a sus disposiciones al no tratarse de poderes adjudicadores. Sin embargo, puede darse el caso, en algunos Estados miembros, de partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de Derecho público». No son, en principio, poderes adjudicadores, pero pueden serlo. Las otras dos Directivas integrantes del paquete de directivas de cuarta generación fueron la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (se cita como DS), y la Directiva 2014/25/UE de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en lo sucesivo DSE).

(14) Es curioso que, pese al intenso debate suscitado acerca de las instrucciones internas de contratación reguladas anteriormente para los poderes adjudicadores no administración pública, por la ruptura de la unidad de régimen jurídico que, en teoría, podían generar, se

se refieren a contratos sujetos a regulación armonizada, siempre que no se trate de los expresamente excluidos, sujetándose a los principios del artículo 3.4 LCSP «y a la normativa comunitaria» y que estamos ante poderes adjudicadores pocas dudas parecen caber acerca de si procede contra los mismos recurso especial dado que el artículo 44.1 LCSP establece que «serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores». Mayores interrogantes se suscitan acerca del órgano competente para resolver tal recurso, aunque parece que lo más sensato, y ajustado a la LCSP, sería que conociese el Tribunal Central dado, además, que precisamente los contratos relacionados con campañas políticas están excluidos.

Más difícil parece determinar si cabe entender excluidos, por omisión de todo pronunciamiento del legislador, los contratos no sujetos a regulación armonizada. Aun cuando las entidades a que se refiere el artículo 3.4 LCSP son poderes adjudicadores parece incuestionable que no pueden considerarse integrantes del sector público pese a que resulten mayoritariamente financiados por entidades que lo son (15). Así, en principio, parece razonable postular que estos contratos se regirán íntegramente por el derecho privado y que el legislador español no ha querido someterlos ni tan siquiera a los principios que inspiran las Directivas, acaso incumpléndolas. Tratándose de entidades que tienen la condición de poderes adjudicadores aun así se suscita la duda de si

---

opte por este instrumento para regular la actividad contractual de las entidades del artículo 3.4 LCSP. En la nueva norma, además de en este supuesto, se dotarán de instrucciones internas de contratación, que podrán comprender toda su actividad contractual las entidades del sector público que no sean poder adjudicador (art. 321 LCSP). Ya antes de la entrada en vigor de la LCSP se suscitaban dudas acerca de la posibilidad de que se dotasen de instrucciones las entidades del sector público que son poder adjudicador y no son administración pública pues, aunque en este punto lo admitía el proyecto de Ley, se suprimió tal posibilidad al enmendarse el artículo 318 LCSP, pero no se eliminó la obligación de adaptación establecida en la disposición transitoria quinta LCSP. En contra de la posibilidad de instrucciones internas de contratación se han pronunciado tanto la Abogacía General del Estado, en su Informe 2/18, de 17 de enero, y en la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo, sobre contratación de poderes adjudicadores que no tengan la condición de administración pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Recomendación de 28 de febrero de 2018 a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público.

(15) Ello impide totalmente acudir al régimen de los poderes adjudicadores no administración pública, aun por analogía, porque tal proceder abocaría a un régimen absolutamente disfuncional, más riguroso con los contratos no sujetos a regulación armonizada, que se regirían por lo establecido en los artículos 318 y 319 LCSP, que con los sujetos, sometidos a instrucciones internas de contratación conforme al artículo 3.4 LCSP.

han de verse afectadas por la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02) de 1 de agosto de 2006*, cuestión que resulta dudosa. En todo caso, ha de tenerse presente que, siendo posible interposición de recurso especial por debajo de los umbrales, probablemente los órganos competentes para resolverlo tendrán ocasión de pronunciarse al respecto.

Por lo demás, independientemente de que nos encontremos ante un contrato sujeto a regulación armonizada o no parece que habrán de aplicarse a los partidos políticos las reglas sobre competencia jurisdiccional previstas en la LCSP. Así, en relación con la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales y frente a las resoluciones que se dicten por los órganos competentes en relación con los recursos del artículo 44 LCSP será competente la jurisdicción contencioso-administrativa (16). En cuanto a efectos y extinción será competente el orden jurisdiccional civil (17).

Pero no son estas las expuestas las únicas entidades ubicadas más allá del sector público. Los órganos constitucionales y estatutarios se asimilan en su actividad contractual a la Administración pública y, en consecuencia, son poder adjudicador, si bien no cabe entender, sensatamente, que sean sector público. Algo parecido ocurre con las corporaciones de derecho público cuando cumplan requisitos para ser poder adjudicador por cumplir los requisitos del artículo 3.3.d) LCSP, supuesto en el cual lo normal es que queden encuadradas en el sector público al cumplirse simultáneamente los requisitos del artículo 3.1.j) LCSP. El debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las diversas corporaciones de derecho público impactará, en este caso, sobre su régimen de contratación, que podría llegar a variar sustancialmente en función de la tesis adoptada acerca de su naturaleza. Cabe afirmar, por lo demás, que ni aun con estas entidades, expresamente aludidas en la norma, queda la nómina cerrada, dado que la imperativa observancia de las Directivas, y del concepto de poder adjudicador, permite incluir otras muchas, si se dan los requisitos, como puede ocurrir, por ejemplo, con las juntas de compensación, las comunidades de regantes o las federaciones deportivas. De nuevo el debate doctrinal acerca de la naturaleza de estas entidades puede incidir, si llegan a cumplir los requisitos para ser consideradas poder adjudicador, sobre su concreto régimen de contratación.

---

(16) Poca duda cabe en los supuestos de resolución de recursos, dado el tenor literal del artículo 27.1.d) LCSP, que no distingue entre tipos de entidades. Y menos aún, a mi juicio, en relación con preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, ya que el artículo 27.1.c) LCSP se refiere expresamente a «poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública», sin exigir en modo alguno que estén integrados en el sector público.

(17) Art. 27.2.a) LCSP.

### III. LA CONFUSIÓN ENTRE CONTRATACIÓN Y ORGANIZACIÓN

La LCSP mantiene las categorías estructurales anteriores e introduce novedades diversas en relación con los contratos típicos asumiendo los criterios de las Directivas, aunque se aparta en algunas cuestiones relevantes como la cooperación vertical o, parcialmente, el régimen de los modificados, por ejemplo, donde resulta más restrictiva. La azarosa tramitación parlamentaria ha impulsado la unidad de régimen jurídico, aunque diste mucho de resultar completa porque, como he señalado, se mantienen categorías únicamente justificadas por el empeño en no renunciar en modo alguno a la tradición regulatoria española en el marco de las Directivas europeas de cuarta generación. Contratos administrativos y privados pueden estar o no sujetos a regulación armonizada. Los poderes adjudicadores que sean administración pública podrán celebrar contratos administrativos y privados, mientras que los que no lo sean, siendo sector público, podrán celebrar únicamente contratos privados. Los contratos del resto de entidades del sector público que no sean poder adjudicador serán privados y, lógicamente, no estarán sujetos a regulación armonizada.

Semejante diversidad, basada en la naturaleza jurídica pública o privada de las entidades contratantes, con notables matices, y en su condición o no de poder adjudicador da lugar a un régimen jurídico diverso que, sin embargo, tiende hacia el régimen administrativo dado que en los contratos sujetos a regulación armonizada, administrativos o privados, se aplican las mismas disposiciones sobre preparación y adjudicación; en los no sujetos a regulación armonizada se aplican, igualmente a contratos administrativos y privados, las mismas disposiciones sobre adjudicación. En cuanto a efectos y extinción aun cuando inicialmente los contratos administrativos se rigen por derecho administrativo y los privados por derecho privado, para estos últimos impone la LCSP la aplicación de relevantes normas de derecho administrativo, especialmente cuando se trata de contratos de poderes adjudicadores no administración pública, lo que resulta un tanto sorprendente pero se explica, como tantas otras cosas, por la imposición de un imposible retorno de estas entidades a un lugar donde nunca antes habían estado, que se inició con el régimen de los modificados y se extendió luego a otras disposiciones. Todo muy mestizo.

La LCSP incluye una nueva regulación de los negocios y contratos excluidos, por un lado, de los contratos no sujetos a regulación armonizada (algunos de ellos no sujetos, en realidad, en las Directivas) y de técnicas que considera organizativas, de colaboración horizontal y vertical, por otro, construidas estas últimas desde la desconfianza, como excepciones o mecanismos subsidiarios de relación entre poderes adjudicadores respecto de la contratación con terceros. Subyace en esta regulación, a mi juicio, un prejuicio ideológico que,

limitando la capacidad organizativa del sector público por razones que no derivan de la normativa europea, considera más eficiente el recurso contractual al sector privado.

En el fondo, el planteamiento expuesto no es muy diferente del que llevó a limitar la capacidad de las entidades locales para decidir acerca de la organización y forma de prestación de sus servicios prestados por gestión directa a través de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (en adelante LRSAL), limitando así el contenido de la autonomía local. Así, la redacción del art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) introducida en 2013 tuvo por fundamental objetivo postergar la prestación de servicios por gestión directa mediante entidad pública empresarial o sociedad mercantil local de capital íntegramente público tratando de favorecer así bien la gestión directa por la propia entidad local u organismo autónomo local, que exigirá la contratación con terceros, bien la gestión indirecta recurriendo al mercado y, de nuevo, a la gestión contractual e imponiendo así a las entidades locales un concreto modelo de gestión pública que penaliza al sector público local y somete su existencia y actuación a criterios económico-financieros ignorando que puede haber otras motivaciones, perfectamente legítimas y explicables, que justifiquen la opción por modelos de gestión no contractuales. Tal es el sentido de la exigencia del artículo 85.2 *in fine* LBRL cuando establece que «solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (18).

---

(18) En la misma línea puede traerse a colación la regulación, tampoco irreflexiva ni carente de sustento ideológico, de la disolución de sociedades en la disposición adicional novena LBRL, sobre redimensionamiento del sector público local que, sin justificación aparente, dispensa un tratamiento similar a sociedades que desarrollan actividades económicas y a sociedades gestoras de servicios locales esenciales. Y no muy diferente resulta, a mi juicio, la fundamentación que subyace en lo establecido en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

La LCSP profundiza en esa ideología, por ejemplo, al restringir la «republicación», vía rescate, de la gestión indirecta (19). En este sentido, el art. 44.2.f) LCSP admite recurso especial frente a rescate de concesiones, pese a ser cuestión del todo ajena a la fase de adjudicación; mientras que los arts. 279.c) y 294.c), relativos a los rescates de concesión de obras y servicios respectivamente, exigen acreditar mayor eficacia y eficiencia de la gestión directa. Pero este planteamiento luce especialmente en la reinterpretación que el legislador español, siguiendo discutibles planteamientos de la Junta Consultiva de Contratación del Estado y algunos organismos de control externo, ha hecho de lo que las Directivas regulan como adjudicación de contratos de un poder adjudicador a otro no sujetos al régimen en ellas establecido. En España, esa adjudicación directa se ha convertido en una forma de organización para la ejecución de manera directa de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y concesiones de servicios (art. 32.1 LCSP). Una técnica de relación contractual se convierte en una técnica organizativa probablemente por un puro y simple defecto de técnica normativa en la LCSP2007 y su posterior texto refundido (20). A partir de ahí empiezan a realizarse interpretaciones discutibles y a acumularse objeciones y exigencias, un control comparativo de eficiencia entre ellas, que, a la postre, han llevado al establecimiento de un régimen jurídico que poco tiene que ver con el establecido en las Directivas y, menos aún, con el previsto en normas de nuestro entorno inmediato como la LCF, LCI o la LCP (21). En España, sin embargo, «el encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato» (art. 32.1 *in fine* LCSP).

En este contexto, y antes de realizar sucinta referencia a los ahora denominados encargos de ejecución, resulta llamativo el ocaso de la gestión por administración (art. 30 LCSP). Y lo es, primero, porque es una de las pocas cuestiones que el legislador estatal no ha considerado básicas, con lo cual podrían los legisladores autonómicos regularla con otros criterios. Pero es también extraordinariamente sorprendente cómo el legislador estatal, nuevamente ignorando el origen y funcionamiento de las instituciones, ha convertido la ejecución por administración en pura y simple gestión contractual. Y ello porque el empresario colaborador ha quedado convertido ahora en contratista en sentido estricto, pues si la administración carece de medios suficientes

(19) CAAMAÑO, GIMENO, QUINTERO y SALA, 2017.

(20) Al respecto, TEJEDOR, 2013: 400-406.

(21) Art. 17 LFC, 5.A LCP y 192 y 193 LCI. Las tres, incorporando fielmente las Directivas, regulan el supuesto como adjudicación de un contrato por un poder adjudicador a otro poder adjudicador no sujeta en las condiciones en ellas establecidas. En ninguna de las tres Leyes, además, se limita en modo alguno la posibilidad de que el poder adjudicador que recibe el contrato pueda, a su vez, contratar las prestaciones que ha de ejecutar.

podrá recurrir a un empresario colaborador, ya sea mediante contrato de servicios, ya seleccionándolo conforme al art. 131 LCSP como regla general y adjudicándole un contrato típico de obras o suministro que, al parecer, podrá alcanzar la totalidad del proyecto, ya que sólo se limita al 60 por ciento del mismo en los supuestos de las letras a) y b) del apartado primero del artículo 30 LCSP (art. 30.3 y 4 LCSP). El empresario colaborador es, tras la LCSP, simplemente, un contratista más. Y lo que resulta más sorprendente es que precisamente la tradicional limitación al cincuenta por ciento del proyecto del recurso al empresario colaborador que inspiró, erróneamente a mi juicio, la limitación de contratación por parte del medio propio que recibe un encargo, ha desaparecido de la LCSP para la ejecución por administración, aunque se mantenga para el encargo de ejecución (22).

Eso sí, la obsesión por obstaculizar la actuación utilizando medios propios mediante la adjudicación de contratos de un poder adjudicador a otro, pues esto es lo que realmente regula la Directiva, luce incluso en el precepto, no básico, dedicado a la ejecución por administración, al prever en el inciso final del apartado quinto del artículo 30 LCSP que «lo dispuesto en el párrafo anterior [error técnico, ¿quería decir apartado anterior?] también resulta de aplicación a los encargos a medios propios personificados regulados en los artículos 32 y 33». Se trata de una previsión no básica que, simplemente, trata de dar continuidad al malhadado artículo 24.6 del texto refundido de 2011, de mantener el error, mezclando lo que poco o nada tenía que ver, la ejecución por administración con la exclusión de contratos adjudicados en determinadas condiciones por un poder adjudicador a otro, exclusión que ha desaparecido, por cierto, de la LCSP.

---

(22) Así, el art. 4.1.n) TRLCSP excluía con acierto del ámbito de la Ley «los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación» previendo, de forma igualmente acertada, la sujeción de los contratos que celebren los medios propios para la realización de las prestaciones objeto del encargo. Cometido el error de ubicar la regulación del medio propio en el precepto dedicado a la «ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares», la ejecución por administración, diversos órganos y autores entendieron aplicable la limitación de recurso al empresario colaborador en obras al cincuenta por ciento del importe total del proyecto (art. 24.4 LRLCSP). La nueva Ley, que no tiene precepto equivalente al art. 4.1.n) TRLCSP porque no considera contrato el encargo, pese a los términos literales de las Directivas, además de aludir a esta cuestión, tozudamente, en el último inciso del apartado quinto del artículo 30, el equivalente al 24.1 a 5 TRLCSP, no básico, que establece el límite en el sesenta por ciento, lo fija de nuevo en el extenso artículo 32, en la letra b) del apartado séptimo, estableciendo que «el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento del a cuantía del encargo», si bien prevé igualmente diversos supuestos, de notable amplitud, en que tal limitación no resultará de aplicación.



De la gestión por administración ha de distinguirse nítidamente la tradicional gestión directa mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público. En estos supuestos la sociedad mercantil pública actúa desarrollando las tareas y funciones para las que ha sido creada, de acuerdo con su norma de creación y, en su caso, estatutos. Y ha de hacerlo, ordinariamente, de acuerdo con sus programas de actuación, inversiones y financiación, contando con los recursos que genere y con las transferencias presupuestarias que le asigna la entidad pública que la crea y que la controla. No hay, propiamente, adjudicación de contrato alguno por parte del poder adjudicador que controla a la sociedad mercantil pública, poder adjudicador a su vez, en relación con la actividad directamente gestionada (23).

Las transferencias que reciba una sociedad mercantil pública que gestiona directamente, por tanto, no se incluirán en los capítulos II o VI de la entidad matriz, sino en capítulos IV o, tratándose de subvención, VII y, para una mejor gestión, debieran plurianualizarse en coherencia con el programa de actuación de la entidad financiada (24). El encargo, en este contexto, constituye una

---

(23) Aun cuando resulte obvio, a mi juicio, porque en estos supuestos, como he señalado, la gestión directa no se corresponde con un encargo, resulta claro que ni siquiera cuando estos tuviesen lugar a favor de una sociedad mercantil que gestione directamente un servicio público se aplicaría la limitación a la contratación de las prestaciones encargadas a esta entidad, dado que el artículo 32.7.b) LCSP, no afectado en este punto por la modificación operada mediante la disposición final cuadragésimo cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018, prevé en su último párrafo que «no será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente, no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública». El precepto, que introduce justificadas y relevantes excepciones a la limitación cuantitativa de contratar las prestaciones encargadas a medios propios proviene del art. 8.2 TRLCSP, que establecía que «las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato [de gestión de servicios públicos] no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública».

(24) Resulta de gran interés, para comprender esta cuestión, la Circular 1/2018, de 22 de febrero, de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la fiscalización de transferencias a entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón. Se precisa en ella que «es fundamental tener en cuenta que estas aportaciones de fondos siempre se han de llevar a cabo porque son necesarias para el ejercicio de las competencias propias de la entidad, es decir, deben responder al ejercicio de las competencias que dichas entidades tengan específicamente atribuidas en las normas organizativas que les afecten o en su norma de creación». La Circular utiliza el término «competencias», correctamente, no en sentido jurídico-administrativo sino descriptivo, material, comprensivo de cuantas cuestiones constituyan el objeto para el cual la entidad de

forma de relación posible, pero no habitual siempre que la programación que adopte la sociedad mercantil, controlada por la administración titular, sea la adecuada (25).

El encargo de ejecución a medios propios, que la normativa española regula como técnica organizativa y no como adjudicación directa de un contrato entre poderes adjudicadores, en determinadas condiciones, según prevén las Directivas (26), es de este modo en España un instrumento de organización de los propios servicios distinto de la gestión por administración o de la gestión directa con entidades de derecho público o sociedades mercantiles (27). No existe obstáculo alguno a que una de estas entidades, que haya asumido

---

que se trate ha sido creada o existe. En esta línea, especialmente porque combina cooperación horizontal y vertical, resulta muy sugerente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, que declara que «no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades. No obstante, tal transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas sólo existe si se refiere a la vez, a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes que son el corolario de ésta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente dispone de autonomía decisoria y financiera, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

(25) La Circular 2/2018, de 8 de marzo de 2018, de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con los encargos de ejecución a medios propios, precisa que «por su carácter excepcional y siendo un recurso que permite la realización de una externalización al margen del principio de libre concurrencia, es preciso que el informe de necesidad justifique de forma detallada la mayor economía, eficacia o eficiencia que supone recurrir a esta forma de provisión de una obra o servicio, es decir, debe suponer una mejor ejecución de la prestación de manera que su atribución a un ente instrumental, al margen de los procedimientos de licitación y adjudicación, implica realmente un valor añadido que se pueda apreciar de manera cuantitativa o cualitativa». La configuración del encargo en esta Circular es clara, y muy precisa y acertada a mi juicio, tanto por la afirmación de su carácter excepcional, como por la consideración alternativa, para justificarlo, no sólo de criterios económicos o financieros, sino también de otros, tal cual resulta claramente de la referencia a la «economía, eficacia o eficiencia» o el valor añadido apreciable de manera «cuantitativa o cualitativa».

(26) El debate doctrinal sobre la cuestión en MOLL, 2017: 121-184, donde concluye, descartando que estemos ante un contrato o un negocio jurídico, afirma que «estamos ante un acto jurídico unilateral, que implica el ejercicio de una potestad, y que resulta obligatorio para una de las partes».

(27) De acuerdo con las Directivas se admiten ahora los encargos de ejecución inversos u horizontales con idénticos requisitos (art. 32.3 LCSP), así como los encargos a medios propios personificados de dos o más poderes adjudicadores independientes entre sí (art. 32.4 LCSP) que, en Aragón, cuenta con precedentes en la regulación de las sociedades urbanísticas desde 2009. Sobre la posición de las sociedades urbanísticas *vid.* BUESO, 2018: 9-22.

la gestión directa de un servicio, pueda, en todo caso, recibir encargos. No obstante, los requisitos básicos que establece el art. 32 LCSP son los previstos en las Directivas, bien es cierto que extraordinariamente desarrollados y notablemente ampliados, exigiéndose por tanto que exista control por parte del poder adjudicador análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (28), que la parte esencial de la actividad, el ochenta por ciento, se realice para el poder adjudicador dominante o su grupo (29) y que, tratándose de sociedades, la totalidad del capital sea público, de uno o varios poderes adjudicadores. Las Directivas han sido incorrectamente incorporadas a nuestro ordenamiento en este punto. El art. 12.2 DC establece que «el apartado 1 también se aplica cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada». Resulta sorprendente, por ello, la apelación del Informe 29/2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado al considerando 32 y al artículo 12 DC para justificar encargos de ejecución amparados en el artículo 33 LCSP entre entidades del sector público con participación privada.

Nuevamente yendo mucho más allá de lo exigido en las Directivas, y de lo previsto en las normas de otros Estados miembros, se prescribe

---

(28) En el sentido de la letra a) del apartado segundo del artículo 32 LCSP, para los medios propios dependientes de un solo poder adjudicador, y de la letra a) del apartado cuarto del mismo artículo 32 LCSP, para los que dependan de varios. En ambos casos se prevé, además y a diferencia de la LFC, por ejemplo, la compensación de costes efectivos soportados mediante tarifas previamente aprobadas por la entidad que controla al medio propio.

(29) A este respecto, *vid.* arts. 32.2.b) y 32.4.b) LCSP, que establecen las reglas de cómputo de tal porcentaje, que ha de determinarse sobre el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. En todo caso, la previsión de que dicho porcentaje se alcance «en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo» pone de manifiesto la voluntad de que, cuando el encargo se realice a una entidad que gestione directamente un servicio público, deberá también éste computarse porque, obviamente, dicho servicio público es uno de «los cometidos que le han sido confiados». La LCSP ha eludido referirse estrictamente a los encargos, lo que podría hacer inviable su realización a favor de entidades gestoras directas de servicios públicos porque, excluida esta actividad, no alcanzarían el porcentaje establecido.

en la LCSP que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación con la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y previa verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social [art. 32.2.d) LCSP]. No deja de resultar curioso que, tratándose de un ente bajo control de otro, siendo que el ente que controla aprobará normalmente sus estatutos o normas de organización y funcionamiento y lo dotará de medios de todo tipo, se exija requisitos como éstos, puramente formales, previa conformidad de quien, a la postre, ejerce control. El formalismo exacerbado no acaba ahí. Se exige, además, lo siguiente: «Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas. En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente» [art. 32.2.d) *in fine* LCSP].

Además, la LCSP establece dos cautelas específicas en relación con los negocios jurídicos, *rectius* contratos y no subcontratos, que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido. En primer lugar, los somete a lo establecido en ella, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador conforme al régimen legal aplicable a los poderes adjudicadores que no son administración pública. En segundo lugar, limita el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros al cincuenta por ciento de la cuantía del encargo, previendo, no obstante, que dicho límite no resultará de aplicación a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios, en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública (art. 32.7 LCSP). Dejando al margen el obvio origen histórico de esta limitación, no puede ocultarse que se trata de una previsión

específicamente española (30), sin base en las Directivas ni correlato en normas de otros Estados miembros (31).

La disposición final cuadragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018 ha modificado este apartado séptimo del artículo 32, sobre encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, modulando las restricciones a la contratación por estos en el ámbito de los encargos. En concreto, la reforma, formalmente cuestionable al realizarse en la Ley de Presupuestos sin tratarse de materia presupuestaria, exime de la restricción de contratación «a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información», caso que no deja de ser concreción del anterior supuesto ya recogido, aquel en que «la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública». Aún más criticable resulta el último inciso, a mi juicio. Se prevé que «excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con este». Vaya por delante mi convicción de que, como suele demostrar la práctica, en España términos legales como «excepcional» o «sumario» acaban suponiendo

---

(30) Al respecto TEJEDOR, 2013: 400-408, donde se da cuenta, también, del debate suscitado entre Juntas Consultivas y Tribunal de Cuentas y órganos autonómicos de control externo sobre este tema. Recuérdese también, por ejemplo, el Informe de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana antes citado.

(31) Resulta chocante, por otra parte, que cuando se están laminando las diferencias de régimen jurídico entre poderes adjudicadores independientemente de que sean o no administración pública, pues precisamente el más laxo régimen de los segundos era una de las justificaciones esgrimidas para imponer la limitación, sea precisamente ahora cuando se incorpora a la normativa de contratación del sector público esta limitación a la relación entre un poder adjudicador y otro por él controlado, obviando el hecho de que cuando es un contratista el que recurre a la subcontratación se han suprimido los límites cuantitativos, por razones de competencia, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2016, *Wroclaw*. Cuando el contratista subcontrata se aplica derecho privado, no existe hoy día límite cuantitativo a la subcontratación y la autorización sólo se exige en determinadas ocasiones. No se alcanza a entender la razón de que se prevea un régimen más laxo para el subcontratista que para el medio propio que recibe un encargo.

lo contrario de lo que el legislador inicialmente ha pretendido. Pero, obviando la anécdota, que la aplicación de la limitación a la contratación por medios propios en el ámbito de los encargos dependa de «razones de seguridad», que la naturaleza de la prestación «requiera un mayor control en la ejecución de la misma» o en «razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución» es, cuando menos, contradictorio. No hay que hacer un gran esfuerzo interpretativo para sostener que las razones de seguridad pudieran justificar precisamente lo contrario, una mayor internalización de la actividad y menos contratación con terceros, que lo mismo pudiera ocurrir cuando la naturaleza de la prestación exige un mayor control de su ejecución, pues no hay mayor control que el que se ejerce con los propios medios (salvo que no se disponga de ellos) o que las razones de urgencia como justificativas de la contratación, dado el régimen al que quedan siempre sujetos los medios propios (éste sí por la fuerza de las Directivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), justificarían precisamente que se hubiese contratado directamente por el poder adjudicador que realizó el encargo, sin más.

Por lo demás, se admite ahora de forma expresa recurso especial en relación con «la formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales» [44.2.e) LCSP]. Al igual que en el caso de las modificaciones contractuales la regla resulta lógica dado el control que la normativa europea impone sobre los actos dictados en el seno de la fase de adjudicación del contrato y la posibilidad de que pudieran utilizarse encargos para tratar de eludir la normativa europea y estatal que impone, fuera de los supuestos legalmente establecidos y si se desea recurrir a medios externos, la aplicación de los procedimientos en ellas establecidos.

Alguna referencia conviene hacer también, antes de concluir este apartado dedicado a las relaciones entre organización y contratación, a la regulación en la LCSP de la gestión indirecta mediante empresa de economía mixta. Y ello, fundamentalmente, porque de nuevo nos enfrentamos a una regulación francamente restrictiva de este instrumento que, recuérdese, ha sido promovido por la propia Comisión Europea en su conocida *Comunicación interpretativa 2008/C 91/02, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)*, donde sienta las bases de esta figura partiendo del principio, hoy cuestionado en España, de que «en el Derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una CPP». Sin embargo, aun corrigiendo la situación en alguno de los anteproyectos de Ley, que ni tan siquiera contemplaba la CPPI, la LCSP ha introducido muy notables restricciones en la misma que, a la postre, la convierten en un instrumento ineficiente y poco adecuado para canalizar la colaboración público-privada con algún valor añadido relevante para el sector

público (32). Sentado que estos entes no tienen la condición de medios propios, su admisibilidad en el marco de las Directivas depende del cumplimiento, entre otros, de los criterios expresados en la citada comunicación interpretativa.

En lo que respecta a la selección de socio y adjudicación de contratos, la CPPI, tal cual estaba anteriormente regulada en la disposición adicional vigésimo novena TRLCSP y 8bis de la anterior LFCP, podían adjudicarse directamente contratos públicos y concesiones a una sociedad de economía mixta en la que concurren capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se efectuase de conformidad con las normas establecidas para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituyese su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introdujesen modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En cambio, conforme a la disposición adicional vigésimo segunda de la LCSP sólo podrán adjudicarse directamente concesiones de obras y de servicios, ya no el resto de contratos, a una sociedad de economía mixta en la que concorra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se efectúe de conformidad con las normas establecidas en la propia LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

De este modo, al impedirse la participación pública minoritaria se condiciona en extremo el modelo hasta hacerlo inútil pues, obviamente, resultará muy difícil, si no imposible, que la actuación no consolide con el sector público de la entidad pública con participación mayoritaria con lo cual, financieramente, poco aportará. Por lo demás, no podrán obviarse las mínimas exigencias en

---

(32) Precisamente ese valor añadido es la base esencial de la promoción de la CPPI por las instituciones europeas, en el contexto del procedimiento de déficit excesivo, vigente desde Maastricht, y que condiciona las acciones financiadas directamente con cargo a presupuestos de las entidades públicas que consolidan conforme a los criterios del Reglamento (UE) 549/2013, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Unión Europea, así como las restricciones a las ayudas de Estado conforme, fundamentalmente, al Reglamento (UE) 651/2014, de 17 de junio, de la Comisión, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Al respecto, de gran interés, en el mismo sentido y desde la perspectiva financiera, pueden consultarse dos guías del European PPP Expertise Centre, en el que participan el Banco Europeo de Inversiones, la Comisión Europea, los Estados miembros, los Estados candidatos y algunos otros Estados *The Guide to Guidance. How to prepare, procure and deliver PPP projects*, 2011, y *A guide to the statistical treatment of PPPs*, 2016, en la que participó también Eurostat.

cualquier operación de CPPI en relación objeto social, estatutos, pactos de accionistas, descripción adecuada del contrato o criterios de selección del socio privado, entre otros. Subyace, en el fondo y como en tantas otras cuestiones, el principio de desconfianza que impregna la LCSP y, en parte, también la asimétrica simplificación que lo inspira, para el sector privado, pero no para el público.

#### **IV. UNA GOBERNANZA A JUEGO. DE NUEVO EL LEGISLADOR PENDULAR**

He afirmado páginas atrás que la Unión Europea no es excusa, que somos nosotros, por nosotros mismos, los que nos estamos imponiendo una sobrerregulación que ahogará cualquier esfuerzo por modernizar la normativa y la práctica de la contratación del sector público en España generará elevados costes de transacción a las entidades del sector público y del sector privado e impedirá a los órganos de contratación actuar eficaz y eficientemente para lograr los objetivos sectoriales que con los contratos públicos se proponen alcanzar, para cumplir con su función constitucional de eficaz servicio a los intereses generales, en definitiva. Examinar las nuevas normas de contratación de los países de nuestro entorno resulta aleccionador a este respecto.

Magnífico ejemplo de lo anterior proporciona una de las novedades más relevantes que los glosadores de la LCSP han destacado, la relativa a la llamada nueva gobernanza de la contratación del sector público (33). Regulada ésta, merced al impulso de las instituciones de la Unión Europea, con una nueva vocación estratégica, el legislador estatal ha querido dotar a la Administración General del Estado de una potente organización que se impone, en su configuración, competencias y potestades, a los entes del sector público del resto de administraciones, autonómicas y locales. Peculiar operación, a mi juicio, cuando el legislador estatal tan solo puede esgrimir competencias para aprobar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. Pero es lo que hay.

Como expresión de esa pretendida nueva gobernanza a lo ya existente [órganos de contratación, mesas, juntas consultivas estatales y autonómicas (arts. 323, 326 y 330, y 328 LCSP), tribunales de contratos (art. 45 LCSP)] se añaden nuevos órganos y organismos estatales con una más que discutible cobertura competencial y sin apenas referentes comparados semejantes. Tal es el caso del comité de cooperación en materia de contratación pública (integrado en la Junta Consultiva estatal, art. 329 LCSP); la oficina independiente estatal

---

(33) MORENO, 2017: 343-373.



de regulación y supervisión de la contratación, con su consejo asesor (art. 332 LCSP) y competencia sobre todo el sector público incluyendo inspección e instrucciones (art. 332.7 LCSP); de las potenciales oficinas autonómicas equivalentes a la anterior que pudieran crearse a su imagen y semejanza aunque con un estrechísimo margen competencial (art. 332.12 LCSP); y de la oficina nacional de evaluación (art. 333 LCSP), que podrá igualmente ser sustituida por las oficinas autonómicas en sus respectivos ámbitos (art. 333.3 LCSP).

La oficina independiente para la regulación y la supervisión de la contratación, vinculada a la estrategia nacional de contratación, aun introducidas durante la tramitación parlamentaria, parecen pretender erigirse en pieza clave, bajo mando estatal, para la gobernanza de la contratación en todo el sector público (34). Pretende el Estado asumir, de este modo y al amparo de su competencia para el establecimiento de la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, unas funciones ejecutivas que, en la práctica, convierten al conjunto de poderes adjudicadores y órganos de contratación en poco más que tramitadores de unos procedimientos regulados hasta sus últimos detalles en la normativa estatal sedicentemente básica, que nunca ha superado un juicio global de constitucionalidad. Lejos queda la doctrina constitucional que concibe estas facultades ejecutivas, que van más allá de la mera coordinación como excepcionales. La llamada oficina independiente (art. 332 LCSP) y una política nacional (o estatal) de contratación sobre y a todos los órganos de contratación y poderes adjudicadores impuesta con la estrategia nacional de contratación (art. 334 LCSP) se erigen de este modo en instrumentos, introducidos durante la tramitación parlamentaria y dotados de un carácter formalmente básico por presunción, dada la cuestionable técnica legislativa que luce en la disposición primera de la LCSP, que repotencian la competencia básica estatal.

---

(34) No deja de resultar curioso que, fijada la *vacatio legis* en la disposición final séptima LCSP en cuatro meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tan sólo previese la inmediata entrada en vigor [al margen de la de los arts. 159.4.a), 32.2.d) y 150.1, párrafo tercero], de los artículos 328 a 334 y la disposición final décima, que entraron en vigor al día siguiente de dicha publicación, el 10 de noviembre de 2017. Se trata de los preceptos dedicados a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, los órganos equivalentes autonómicos, la aprobación de información por las Comunidades Autónomas, la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación, la oficina nacional de evaluación y la estrategia nacional de contratación. Parece que el legislador estatal ha considerado indispensable acelerar la gobernanza. Y ello, además, excepcionando la regla general de no incremento de gastos prevista en la disposición adicional trigésima octava, conforme a la cual «las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones, ni retribuciones, ni de otros gastos de personal salvo los gastos derivados de las funciones atribuidas en esta Ley a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación». La gobernanza autonómica y local, en cambio, ha de implementarse gratis, sólo la estatal puede tener coste.

Resulta francamente discutible, ya conforme a la LCSP, el pretendido status de independencia de la oficina estatal de regulación y supervisión. Evidentemente, el régimen de designación de sus titulares no parece el más adecuado dado que se limita a prever que sean funcionarios de carrera pertenecientes al subgrupo A1 que cuenten, al menos, con diez años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública. Remitido a reglamento el establecimiento del nivel administrativo del titular de la presidencia y demás miembros de la oficina, lo ha regulado el Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Tras dicha norma, el art. 18.14 del Real Decreto 769/2017 establece que «la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación se adscribe al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Subsecretaría y estará integrada por un presidente con rango de subdirector general y cuatro vocales que [...] serán cada uno titular de una división, con el nivel de complemento de destino que se les asigne en la relación de puestos de trabajo». La independencia, una vez integrada la oficina en la estructura orgánica departamental, resulta más que discutible y ni tan siquiera la garantía de inamovilidad durante el periodo de su mandato permite compensarla pues, a la postre, dada la limitación de mandatos, la estabilidad es menor que la garantizada en un puesto obtenido por concurso.

Además de tan completa, y muy probablemente redundante, organización, también contempla la LCSP, como ya he señalado, otro nuevo instrumento al servicio de esa pretendida nueva gobernanza, la estrategia nacional de contratación (art. 334 LCSP). Y una vez más lo hace, amparándose en su competencia básica, atribuyendo incisivas competencias ejecutivas al Estado que le permiten establecer un instrumento regulatorio que impone políticas y criterios estatales laminando competencias y políticas autonómicas y locales, de carácter vinculante (art. 334.1 LCSP). No faltarán pues criterios interpretativos, quizá contrapuestos, para los gestores, que deberán andar atentos a esa estrategia y a las resoluciones e informes emitidos por juntas consultivas estatal y autonómicas, tribunales de contratos estatal, autonómicos, provinciales y municipales, oficinas independientes de supervisión estatal y autonómicas u oficinas nacionales y autonómicas de evaluación, todo ello sin olvidar tribunal y cámaras de cuentas, intervenciones generales o consejos de Estado y consultivos autonómicos.

La organización de la nueva gobernanza habrá de realizar ímprobos esfuerzos para atender sus funciones, por redundantes que estas resulten. La nueva LCSP establece que habrán de elaborarse multitud de informes, con periodicidad variable, diferentes objetivos y destinatarios diversos. Entre ellos,

al menos, habrá de emitirse un informe trienal de Junta Consultiva de Contratación del Estado a la Comisión Europea (art. 328.4 LCSP, que suscita dudas competenciales acerca de la posibilidad de imponer a las Comunidades Autónomas la obligación de recabar y remitir la información de las entidades locales de su territorio ex art. 331 LCSP) (35), un informe trienal de supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación para integrar en el anterior (art. 332.8 LCSP), un informe anual de supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se remitirá también a la Junta Consultiva de Contratación del Estado y Comisión Europea (art. 332.9 LCSP), un informe anual global de la Intervención General de la Administración del Estado, Intervenciones autonómicas y locales a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332.11 LCSP), un informe anual de actuaciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación para las Cortes y el Tribunal de Cuentas (art. 333.4 LCSP), un informe anual del Gobierno a las Cortes Generales sobre la contratación pública en España basado en los datos del Registro de Contratos (art. 346.8 LCSP), un informe bianual y final del Comité de Cooperación sobre la Estrategia Nacional de Contratación, elevado al Gobierno y por este a las Cortes Generales (art. 334.6 LCSP) y una memoria anual de la Oficina Nacional de Supervisión (art. 333.7 LCSP). Y eso no exime, por supuesto, de los informes generales o específicos que compete emitir a las intervenciones, los organismos de control externo, las memorias de los diversos órganos competentes para conocer de recurso especial u otros. Por informes, obviamente, tampoco será.

Todo lo anterior, a mi juicio, no dará lugar a más ni mejor gobernanza. De hecho, la acumulación de órganos, informes y procedimientos consultivos y de control puede llegar a producir lo contrario, desgobierno, como consecuencia del solapamiento e inflación de criterios que, si a la experiencia reciente hemos de atenernos, todos los órganos querrán ver reflejados en la práctica, razonables o no, y en un próximo futuro en una nueva, y recreada, ley de contratos del sector público. Resulta imprescindible depurar una normativa estatal tan absurdamente extensa y detallada que es resultado de la combinación de

---

(35) El primer informe, el *Informe relativo a la contratación pública en España 2017*, fechado a abril de 2018, puede consultarse en la dirección <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (a 20 de mayo de 2018). La profusión de informes en esta llamada nueva gobernanza de la contratación se traduce en que el propio *Informe 2017* manifieste cierta preocupación por la coordinación orgánica y funcional de los múltiples órganos que aparecen en la LCSP (pp. 18-20). El anexo IV recoge, en este sentido, los «principales órganos de supervisión de la contratación pública» que integran un amplio listado de cuatro páginas.

la vetusta normativa de contratos del Estado de los años sesenta del siglo XX con Directivas de la segunda década del siglo XXI.

En este contexto habría que repensar, también, la cuestión de los controles. Es discutible que, aun antes de la LCSP, faltasen controles (36). Quizá lo sea menos que los controles existentes no estaban desplegando todo su potencial y, además, no estaban adecuadamente coordinados. La corrupción que hoy se conoce está más relacionada con el fallo de los controles que con su ausencia. En todo caso, la regulación impuesta por la LCSP resulta manifiestamente asimétrica, acentúa los controles sobre el sector público y, cuando los introduce sobre la actividad privada, como ocurre desde la perspectiva de la competencia, subordina el procedimiento contractual y el interés general subyacente a la potencial mala praxis empresarial. Los controles, también, han de racionalizarse y someterse estrictamente al principio de legalidad limitando la prospectiva o el avance doctrinal sobrevenido como argumento de control, el mismo principio de legalidad al que estén sujetos los centros gestores fiscalizados, no el renovado, ni el previsto ni el de criterios sobrevenidos al procedimiento fiscalizado o los meros indicios o improvisadas estadísticas, que no permiten alcanzar juicios de legalidad concluyentes. Los criterios de control, por ello, han de resultar tan previsibles como la actuación del centro gestor para que pueda este actuar con seguridad.

El recurso especial constituye pieza clave en el sistema de control. La LCSP no ha mejorado la planta de los órganos competentes para resolverlo y suscita dudas competenciales, como ya he señalado (arts. 46.4 y 5 LCSP). La presencia de más órganos competentes para resolver el recurso especial, pese a la llamada a la coordinación de la disposición adicional vigésimo tercera LCSP, no comportará mejor control sino una mayor dispersión de los criterios de control y, consecuentemente, mayor inseguridad para el gestor acerca de los criterios a aplicar. Desaparece la cuestión de nulidad y se amplía el ámbito del recurso especial cuantitativamente, en virtud de enmienda parlamentaria, por debajo de los umbrales, y cualitativamente, más allá de acuerdos de

---

(36) Frente a la imagen de que responsables políticos continúan tomando decisiones contractuales esenciales al margen de todo control es preciso. No es así. Y si así fuere algo, o todo, estaría fallando. Aun cuando los titulares de los órganos de contratación sean políticos electos o designados por la autoridad competente, sus decisiones deben limitarse a ratificar el criterio de los órganos técnicos que intervienen en los procedimientos, sin más. Y ese procedimiento, además, estará bajo control que, en función de los diferentes supuestos que pueden plantearse, corresponderá a órganos presupuestarios, la intervención a través de fiscalización previa (de pliegos, expedientes, adjudicación, contrato) o control financiero posterior, las juntas consultivas, los tribunales de contratos, los organismos de control externo como el Tribunal de Cuentas o sus equivalentes autonómicos, los órganos anticorrupción emergentes o los encuadrados, ahora, en la emergente gobernanza contractual. En este contexto afirmar que faltan controles, al menos sobre los órganos del sector público, resulta de difícil justificación.

adjudicación, a encargos y, también en virtud de enmienda parlamentaria, a acuerdos de rescate (37). La ampliación excesiva del ámbito potencial del recurso especial podría llegar a desnaturalizarlo. Por lo demás, continúa sin admitirse la acción pública, aunque sí una amplia legitimación, se incorporan los últimos criterios jurisprudenciales sobre cómputo de plazos, se mantiene y refuerza la tramitación electrónica del procedimiento de recurso y su carácter sumario y se mantiene el sistema cautelar, en línea con la normativa europea, incluido cierto desequilibrio a favor del recurrente temerario al limitarse su posible responsabilidad, aunque se eleven las sanciones.

La LCSP ha empeorado la regulación anterior de los órganos que han de conocer del recurso especial por múltiples razones. Además de la cuestión menor relativa a la existencia de órganos específicos de control en las asambleas legislativas autonómicas, y en otros órganos estatutarios, incierta atendiendo a su disposición adicional cuadragésima cuarta, se quiebra la

---

(37) Se desenvuelve, fundamentalmente, en la fase de adjudicación, de conformidad con lo establecido en la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal cual se desprende inequívocamente de su preámbulo y articulado (arts. 1.2, 2.1 y 2, 2bis, 2ter, 2 quater y 2quinques). No comparto en absoluto la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo*, que se realiza en la Memoria de 2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, página 8, cuando se argumenta, para explicar un posible incremento de su carga de trabajo, sobre «la extensión del ámbito objetivo a los elementos de ejecución y extinción de los contratos como consecuencia del efecto directo de las Directivas de contratación pública, tal y como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL* y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía». Ni la extensión del recurso especial al supuesto de la adjudicación de contratos entre poderes adjudicadores (encargos, en la tortuosa terminología española) ni el control sobre las modificaciones contractuales justifican tan gruesa afirmación pues ambas cuestiones encajan con total naturalidad en el concepto de adjudicación y, por tanto, en los objetivos y regulación de la Directiva de 21 de diciembre de 1989. De hecho, el propio Tribunal administrativo aragonés parece haber modulado su anterior afirmación en el Acuerdo 64/2017, de 22 de mayo, en la Memoria 2011-2017, aprobada el 22 de diciembre de 2017, y en el Acuerdo 126/2017, de 15 de diciembre. El fallo de la Sentencia Marina, como su motivación, resultan explícitos, limitándose a imponer la admisión de recurso frente a determinados actos de trámite dictados en el curso de la fase de adjudicación, o equivalentes al acuerdo de adjudicación, a lo sumo, tal cual se explica, con acierto, en los últimos acuerdos citados del Tribunal aragonés y en la Resolución 43/2018, de 2 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Por lo demás, dado lo que establece el art. 27.1.d) LCSP, que prevé la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo respecto de «los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el artículo 44 de esta Ley», admitir que el ámbito objetivo del recurso especial incluye actos relativos a efectos y extinción comportaría, en la práctica, una sustancial alteración del orden que la LCSP ha querido restaurar en relación con las competencias jurisdiccionales.

planta actual permitiendo regular la cuestión a las Comunidades Autónomas. En defecto de regulación autonómica el órgano autonómico competente lo será también para resolver los recursos de las entidades locales de su territorio. Sin embargo, existen límites a la competencia autonómica dado que se permite, en todo caso, a los municipios de gran población y a las Diputaciones Provinciales dotarse de un órgano propio, así como, si la Diputación Provincial crea un órgano propio, que «el resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan» (art. 46.4 LCSP). Acierta en cambio la normativa básica al mantener el anterior sistema de designación, que la práctica totalidad de Comunidades han hecho suyo como libre designación (Madrid previó concurso tras nombrar tribunal por libre designación y aún no ha aplicado ese sistema). No parecen atendibles propuestas doctrinales que, a estas alturas, plantean la adscripción parlamentaria de estos órganos, genuinamente administrativos, lo cual introduciría notable confusión e inseguridad en su funcionamiento y politizaría en extremo su régimen de designación (38). Más bien al contrario, parece más sensato que, como ha ocurrido desde que se crearon los primeros tribunales autonómicos, o las propias juntas consultivas, exigida una especialización y cualificación mínima, con efectiva experiencia en la tramitación de expedientes de contratación y en el seguimiento de la ejecución de contratos públicos, puedan los órganos sectoriales competentes proponer el nombramiento entre los aspirantes que cumplen los requisitos establecidos. Resultan esenciales, e igualmente acertadas, dos previsiones de la LCSP: la prohibición de prórroga del mandato de los miembros de estos órganos, que evita que se perpetúen en dicho órgano perdiendo la referencia de la actividad de gestión, y la exigencia de dedicación exclusiva, implícita en la exigencia de que sean funcionarios de carrera (art. 45.2 y 3 LCSP) y de que pasen a la situación administrativa de servicios especiales (art. 45.5 LCSP).

Hemos de ser conscientes de que más controles redundantes generarán más inseguridad, más incidencias y más bloqueos en la gestión. Más buro-

---

(38) Dado el régimen básico, y el buen resultado de la práctica consolidada en los últimos años, con libre designación, así como el reforzamiento ahora impuesto de las exigencias de cualificación, dedicación e incompatibilidades, para prevenir conflictos de intereses de los miembros del órgano, no pueden compartirse sugerencias como las que formula el Observatorio de Contratación Pública, apartado undécimo del escrito, al Anteproyecto de Ley aragonés de uso estratégico de la contratación en este punto tanto desde el expuesto punto de vista sustantivo como, obviamente, desde el competencial. El documento de alegaciones puede consultarse en [http://obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_Observaciones\\_al\\_anteProyecto\\_de\\_Ley\\_Uso\\_Estrategico\\_Aragon\\_ea8d7929%232E%23pdf/chk.df1395c175aa561c7ffb3a8a88d66695](http://obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Observaciones_al_anteProyecto_de_Ley_Uso_Estrategico_Aragon_ea8d7929%232E%23pdf/chk.df1395c175aa561c7ffb3a8a88d66695), mientras que la tramitación completa del anteproyecto está accesible en la dirección <http://transparencia.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VERLIST&BASE=ITCN&DOCS=1-50&SEC=ITCNTRAL&SORT=-FECH&SEPARADOR=&OBSE-C=traal>

cracia no resolverá los problemas. Los órganos de control también han de simplificarse y, especialmente, coordinarse. No es admisible una LCSP que, sucumbiendo a cierta demagogia anticorrupción exacerbada no exenta de sus propios intereses e ideología, producto de un cierto populismo jurídico, promueva una cultura de contratación en la que los órganos de control se ubiquen frente a los gestores. Ambos responden al mismo interés general. Es preciso dotar a nuestras administraciones, y a sus gestores, de instrumentos eficaces que permitan atender los servicios públicos de forma adecuada. Es necesario simplificar la normativa que disciplina la actuación del sector público, en esta y otras materias, sobre la base de nuevos principios entre los cuales integridad y transparencia deben incorporarse con nitidez. No se trata de imponer menos control sino de lograr un mejor control. Pero ha de hacerse sin caer en delirios normativos, sin sobrerregulación, con precisión, sencillez y fines claros, construyendo, una vez concretados los objetivos de la contratación pública, un nuevo equilibrio entre interés general e interés privado, entre las partes presentes en el contrato. Procedimiento, contratación, expropiación o subvenciones son instrumentos para el mejor servicio a los ciudadanos, no fines en sí mismos. Si colapsan esos instrumentos, y ese colapso puede provocarlo el Estado con normas como la LCSP, colapsarán los servicios públicos. Y la legitimidad de nuestras administraciones públicas se resentirá. Una vez más.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M. A. (2013): «Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos», en *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de enero de 2013 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/relcategoria.121/relmenu.3/chk.416e475a11b8f8dfca9a32da3f0f600a>, a 14 de mayo de 2018).
- BUESO GUIRAO, E. (2018): «La sociedad urbanística local como medio propio para la promoción de vivienda», *Práctica urbanística*, n.º. 151. Se cita por la edición electrónica.
- CAAMAÑO, F., GIMENO, J. M., QUINTERO, G. y SALA, P. (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit.
- COLÁS TENAS, J. (2013a): «El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte II)», en estudios y comentarios de la página web de INAP, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1109902>.
- (2013b): «El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)», en estudios y comentarios de la página web de INAP, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1110161>.
- DEL SAZ, S. (2007) «La nueva Ley de contratos del sector publico. ¿Un nuevo traje con distintas rayas?, *Revista de Administración Pública*, n.º 174.

- GIMENO FELIÚ, J. M. (2008) «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público: Luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, n.º 176.
- MORENO MOLINA, J. A. (2017a) «Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, n.º 204.
- MOLL FERNÁNDEZ-FIGUERES, L. S. (2017) *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Editorial Reus, Madrid.
- RÍOS MARTÍN, E. (2016) *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de cuarta generación*, Atelier, Barcelona.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M. (2007) «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad administrativa Aranzadi*, n.º 743, de 17 de enero de 2008.
- TEJEDOR BIELSA, J. C. (2013) «Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación» en el volumen colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Pamplona.