

pueda obviarse por el simple hecho de que tales normas estatales se autolimiten en su eficacia al declararse de aplicación supletoria. Por el contrario, si la norma del Estado cuenta con esa cobertura competencial, la norma no podrá dejar de tener carácter supletorio de cualesquiera normas autonómicas. A su juicio, la doctrina jurisprudencial no obligaba en momento alguno a que se diera a la disposición que se comenta el contenido que resulta de su literalidad y, en razón de ello, la LODA es, en todo caso, supletoria de cualesquiera normas, estatales o autonómicas, reguladoras de asociaciones que incidan en el ámbito del derecho de asociación.

Quien, a priori, piense que esta obra se limita a reproducir a lo largo de sus páginas las clásicas doctrinas ceñidas estrictamente al derecho de asociación y a diseminarlas a lo largo del estudio sistemático de la LODA se equivoca. El libro nos depara algunas aportaciones jurídicas sobre cuestiones periféricas del fenómeno asociativo que pueden alimentar el debate como, por ejemplo, la conclusión de los autores sobre la imposibilidad de las asociaciones de contratar con las Administraciones Públicas pues, a su juicio, y a pesar de que viene siendo un fenómeno fuertemente arraigado, cuando la legislación vigente determina quiénes pueden ser contratistas está pensando en personas jurídicas muy distintas de una asociación.

En definitiva, la obra excede con mucho de la simple glosa de los preceptos de la citada Ley Orgánica, por cuanto no sólo analiza sistemáticamente cada uno de sus preceptos con aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, sino que arroja mucha luz sobre todos y cada uno de los problemas dogmáticos y prácticos que, a buen seguro, nos va a plantear una disposición tan relevante. El examen riguroso realizado por los autores, avalados por anteriores publicaciones de esta naturaleza o sobre la misma materia, hace que resulte de especial interés para todos los juristas interesados en el derecho de asociación y convierte a esta obra en una referencia insustituible en el campo jurídico-asociativo.

Juan Antonio LANDABEREA UNZUETA

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio (coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas* (Prólogo de Fernando SÁINZ MORENO), Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, 1.825 págs.

I

1. Entre las primeras palabras que le dedica el Prof. Sáinz Moreno al libro, en su Prólogo, se incluye una referencia al grupo de juristas reunidos para la elaboración de esta obra. De ellos destaca, especialmente, el que posean una consolidada experiencia práctica en el mundo del Derecho Público, como Magistrados de lo Contencioso-administrativo, como Abogados del Estado o, en fin, como profesionales del Derecho. Con esta selección de autores, se busca que este *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas* no sea una exposición, sin más, de la legislación sobre contratación pública vigente, sino que se pretende, junto a lo anterior, poner de manifiesto todos aquellos problemas que implica la aplicación, a la práctica, del vigente derecho regulador de la contratación pública. El objetivo de este trabajo ha sido abordar doctrinalmente la contratación de las Administraciones Públicas, tratando de dar una construcción coherente y útil para el Derecho Administrativo.

2. Este libro se realiza una vez aprobado el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ciertamente es que, pese al esfuerzo codificador del legislador, que ha refundido y sistematizado las normas vigentes, se mantienen los abundantes problemas y lagunas que ya existían en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.

3. El libro coordinado por JIMÉNEZ APARICIO que es objeto de esta recensión, realizado por todos estos profesionales que están diariamente en contacto con la problemática derivada de la aplicación de la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas, tiene, por tanto, el mérito de ser sumamente oportuno.

4. El carácter sistemático del trabajo, siguiendo el orden marcado por el

Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), facilita enormemente el acceso a las diferentes cuestiones y problemas. El seguir el orden del texto legal no implica un tratamiento aislado y asistemático de los problemas. Este inconveniente queda solventado con las múltiples referencias y remisiones a los diferentes preceptos interrelacionados con una misma cuestión. Estas remisiones, que son llamadas concordancias, se realizan no sólo a otros preceptos del mismo TRLCAP (concordancias internas), sino que también se realizan a preceptos de otros textos normativos (concordancias externas).

Junto a esto, los autores hacen el esfuerzo, en relación con cada uno de los preceptos que analizan, de recoger las siguientes cuestiones: los antecedentes legislativos; los antecedentes parlamentarios; las normas de desarrollo reglamentario; una referencia jurisprudencial, y referencia a la doctrina del Consejo de Estado y a los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Por último, tiene el mérito de recoger, en las notas al pie, las principales referencias doctrinales, aportando una visión bastante acertada de cuáles son las diferentes posturas en relación con cada cuestión y, generalmente, tomando una postura al respecto, utilizando los datos, la información que manejan, para extraer conclusiones y realizar propuestas de *lege ferenda*. Igualmente, y ya con carácter genérico, se incluye al final del libro un listado bibliográfico de todas las referencias doctrinales citadas a lo largo del texto.

II

Además del citado Prólogo, de incluir un índice de tramitación parlamentaria y otro cronológico de las disposiciones citadas, de finalizar con una bibliografía general y de incluir varios anexos (Exposición de Motivos de la LCAP; Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y texto de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre), el libro, en su cuer-

po principal, se estructura en dos partes. En la Primera Parte, que es con mucha diferencia la más importante y extensa, se incluye, en primer lugar, un comentario al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones. A continuación, se procede, tras un Índice sistemático, a comentar los preceptos y disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La Segunda Parte del libro que comentamos, mucho más breve que la Primera Parte, emprende el análisis de los preceptos que integran la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992.

III

De la totalidad de los trabajos, merece la pena destacar los que, en nuestra opinión, tienen un interés suplementario en la medida en que analizan un aspecto especialmente problemático de la aplicación de la legislación que regula la contratación de las Administraciones Públicas en España. Ello no supone, en absoluto, un demérito de los restantes, sino una ponderación de la importancia que, en nuestra opinión, tienen estos trabajos citados en la mecánica general de los problemas que plantea la aplicación de esta normativa.

1. El primero de los apartados que merece ser destacado es el relativo al ámbito subjetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, los comentarios relativos a los artículos 1 y 2 de este Texto Refundido, realizados por Alberto PALOMAR OLMEDA.

2. En relación con las Administraciones territoriales destaca el comentario relativo a la Administración local,

respecto de la cual se afirma que su inclusión en el ámbito de aplicación de la LCAP de forma rotunda y sin matizaciones plantea unos problemas operativos derivados de la heterogeneidad de la estructura local que alcanza a municipios y corporaciones con gran potencial técnico, en el que la aplicación del TRLCAP no es complicada, junto con aquellos otros municipios (la mayoría) en los que la aplicación de estos procedimientos se convierte en una auténtica lucha por las deficiencias técnicas de su organización y, en muchos casos, por las dificultades reales de aplicación de algunas de las prescripciones más significativas del TRLCAP, como pueden ser las referidas a la concurrencia. Esta cuestión ha propiciado alguna situación no querida, como la conversión de los contratos menores dentro del cuarto sistema de contratación, esto es, generalizando la factura como único elemento en el expediente contractual y eludiendo la tramitación del procedimiento para evitar situaciones de imposibilidad real de satisfacción de la necesidad.

Afirma el autor que se ha generalizado así un cumplimiento torticero en las pequeñas poblaciones que distorsiona la dinámica prevista de aplicación del TRLCAP, pero que, curiosamente, acaba siendo admitida porque subyace la idea de que no puede aplicarse en todos sus términos y plazos el propio TRLCAP.

3. Aún más interés tienen los comentarios relativos a la Administración instrumental. Como es bien sabido, la problemática más aguda de la aplicación del TRLCAP deriva, en esencia, de la generalización en la llamada Administración instrumental de una tendencia al escape, en general, de las grandes leyes administrativas que configuran el régimen jurídico esencial del Derecho Público y, en concreto, de las normas de contratación.

El TRLCAP tiene la intención de asegurar el sometimiento de todos los organismos que integran el sector público a las garantías que inspiran este cuerpo normativo. En aplicación de tales criterios y junto a las Administraciones territoriales y los organismos autónomos de-

pendientes de las mismas, se incluye en el ámbito subjetivo a la totalidad de entidades de Derecho Público, si bien con un grado diferente de intensidad.

De esta forma, el artículo 1 TRLCAP considera de plena aplicación la Ley a los organismos autónomos y establece reglas propias respecto de las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, respecto de las cuales se dice que les resultará aplicable el TRLCAP cuando:

«... a) hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) cuando se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho Público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas o cuyos órganos de dirección o vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho Público».

Para el autor, no basta que las actividades de la entidad en cuestión incidan, en función de su objeto, en el ámbito mercantil para considerar, sin embargo, la referencia excluyente a que no tengan la condición de entes de carácter industrial o mercantil. Cuando una entidad pública se crea no con el ánimo de competir en el mercado conforme a las reglas de la libre competencia, y no para ser más rentable y productiva que otras empresas privadas, sino para proveer una necesidad de interés general, es claro que debe quedar plenamente sometida a la LCAP. Esta afirmación no queda invalidada por el hecho de que tal ente se nutra y financie de los ingresos que perciba de los usuarios.

4. Es de agradecer la referencia que el autor realiza al Derecho Comunitario, referencia que resulta inexcusable en esta materia y que no siempre es tomada adecuadamente en consideración por

los autores que pretenden analizar esta materia, lo que constituye una omisión imperdonable. En especial, es imprescindible, para realizar una interpretación adecuada de este primer artículo del TRLCAP, acudir a la Directiva 93/36, que ha establecido como único criterio común a todas las restantes Directivas en materia de contratación pública, confirmando la interpretación realizada por el TJCE, la noción de «poder adjudicador». Se incluye dentro de este concepto a las Administraciones territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos de Derecho Público.

De una interpretación literal del ámbito del artículo 1 LCAP (atendiendo a lo dispuesto en las Directivas comunitarias) podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho Público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho Privado. Pero el concepto funcional de «poder público» derivado de las Directivas comunitarias permite proceder a «levantar el velo» de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho Privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación dominada totalmente por la Administración Pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho Administrativo los «actos separables» de su actividad privada. La señalada definición de poder adjudicador de las Directivas comunitarias está pensando, precisamente, en evitar que, como consecuencia de posibles calificaciones formales de las legislaciones de los Estados miembros, se eluda el cumplimiento de la legalidad comunitaria. De ahí que, independientemente de aquéllas, el organismo o entidad quedará sujeto a las Directivas si cumple la función que ellas mismas precisan.

5. En este apartado se echa en falta, quizá, una referencia a entidades concretas porque es ahí donde se plantean

las auténticas dudas sobre la aplicación o no a estas entidades de la LCAP. Sólo acercándonos al análisis de las normas de creación y de las normas por las que se aprueban los estatutos de todas y cada una de estas entidades de Derecho Público se puede llegar a una conclusión fiable respecto a si les es o no aplicable en plenitud la LCAP. De hecho, este análisis hace tener muy serias dudas sobre si la Ley (y las Directivas comunitarias de las que trae causa) ha alcanzado su objetivo de asegurar el sometimiento de todos los organismos que integran el sector público a las garantías que inspiran este cuerpo normativo, ya que mucha de la normativa específica de estas entidades las excluye total o parcialmente de someterse a las exigencias de contratación establecidas en la LCAP a pesar de encajar en los artículos 1 ó 2 de esta Ley. Admitir que esta normativa específica que regula el régimen jurídico de las entidades de Derecho Público pueda excluirlas de los requisitos de contratación de la LCAP genera, además de una vulneración del contenido de las Directivas comunitarias sobre contratación, ciertas contradicciones. Entre ellas, destaca el que estas entidades públicas tendrían más libertad a la hora de contratar que las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de Derecho Público, ya que la Disposición Adicional 6.^a exige, aunque con una fórmula muy abierta y ambigua, que estas sociedades mercantiles se ajusten en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, «salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios». Igualmente, resulta contradictorio que el artículo 2.2 TRLCAP exija el sometimiento a la LCAP para toda entidad que celebre un contrato de los recogidos en este precepto, mientras que, si así lo establece su normativa específica, algunas entidades de Derecho Público pueden no tener que someterse a estas garantías contractuales.

La generalización de estas excepciones al régimen jurídico de contratación

previsto en la LCAP, y consiguientemente de las Directivas comunitarias que desarrolla, viene a convertir a esta Ley en una simple declaración de principios sin sanción jurídica adecuada a la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguarda del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público. El que la normativa reguladora de determinadas entidades de Derecho Público que las excluye, en su contratación, del sometimiento a la LCAP incluya genéricas invocaciones a estos principios es una simple salvaguarda de las apariencias, pero resultan absolutamente insuficientes para cubrir las exigencias marcadas por las Directivas comunitarias para la contratación del sector público.

6. Otra contradicción a que conduce el análisis de la normativa reguladora de las entidades que integran la Administración instrumental deriva del carácter de norma básica de la LCAP y, en concreto de los artículos 1 y 2 de este texto. Así, sucede que, al tratarse de normas básicas, las demás entidades territoriales quedan vinculadas por lo establecido en esta normativa, pero, en realidad, quien no queda vinculada es la propia Administración General del Estado ya que, como hemos visto, frecuentemente dicta normas que excepcionan, para entidades concretas pero abundantes, el régimen jurídico de garantías en la contratación del sector público establecidas en la LCAP.

Para superar esta contradicción, que, además, genera una enorme inseguridad jurídica, sería exigible que el Estado, y no sólo las Comunidades Autónomas, quede vinculado por su normativa básica, que sólo podría modificar por otra norma calificada también como norma básica, y no por cualquier otra norma de rango legal que excepcionase el régimen general para una determinada entidad.

7. En consecuencia, un análisis genérico, que no profundiza y no concretiza, no da una imagen real de cómo se configura la contratación del sector público en España.

IV

También resulta muy interesante, tanto por la selección jurisprudencial como por el comentario que se desarrolla, el análisis realizado por Emilio JIMÉNEZ APARICIO de otro precepto relacionado con el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, aunque sistemáticamente ubicado en otro lugar. Hacemos referencia a la anteriormente citada Disposición Adicional 6.ª. Esta Disposición somete a los principios de publicidad y concurrencia a las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de Derecho Público. En opinión del autor, no pueden ser tomadas en consideración otras circunstancias que afecten al control efectivo de la sociedad al margen de la titularidad de las participaciones sociales, como sucede, por ejemplo, con las que dan lugar a la noción de «empresa vinculada», que regula el artículo 134 del TRLCAP a efectos de las concesiones de obras públicas. Por lo mismo, tampoco parecen aplicables los conceptos de «empresa pública» y de «influencia dominante» que elabora el artículo 2.c) de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en el mismo sentido.

La cuestión más delicada de esta Disposición Adicional 6.ª está relacionada con lo que se deba entender por principios de «publicidad y concurrencia». El autor considera que estos principios no pueden ser considerados como reglas concretas de aplicación, sino como criterios o líneas inspiradoras y orientadoras de la conducta contractual general. Por consiguiente, no cabría aplicar la literalidad de aquellos preceptos del TRLCAP que, por ejemplo, fijan plazos concretos de publicidad y para la presentación de proposiciones, sino más bien la necesidad de que tales reglas existan en el ámbito contractual de la sociedad contratante. Los principios establecidos de publicidad y concurrencia se refieren principalmente a la selección del contratista, aunque también cabría proyectarlos, especialmente el primero, sobre la adjudicación misma del contrato.

V

En la Segunda Parte del libro se comenta la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992.

El Estado y las entidades territoriales quedan excluidos de la aplicación de la Ley 48/1998, que se aparta en este sentido de la Directiva, al menos formalmente, por cuanto quedan comprendidos en el ámbito más estricto de la LCAP.

El artículo 2.1.a) de la Ley 48/1998 considera sujetas a su texto, siempre que realicen alguna de las actividades que son enumeradas en el artículo 3, las «entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas territoriales o de sus organismos autónomos».

El cruce del ámbito de aplicación subjetivo de la LCAP y de la Ley 48/1998 puede conducir a situaciones contradictorias e incluso absurdas. El comentario del libro señala como ejemplo el caso puesto de manifiesto en el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 8 de marzo de 1999, en el que analiza la actividad contractual del organismo público Puertos del Estado. El problema se suscita en relación con la decisión de si se aplica o no el régimen de contratación previsto en la LCAP a las entidades sujetas también a la Ley 48/1998, para aquellos contratos no sometidos a esta última (por ejemplo, los que no superaran las cuantías señaladas en la Ley 48/1998 para quedar sujetos objetivamente a la misma). De sostener que sí les resulta aplicable la LCAP en estos casos, se daría la paradoja de que a estos contratos, de cuantía menor, les serían aplicables unas obligaciones más exigentes para el organismo que respecto del resto de los contratos sometidos a la Ley 48/1998.

Para evitar esta u otras soluciones que conducen a resultados disparatados y contradictorios, el comentarista (Luis

BERMÚDEZ ODRIÓZOLA) considera que lo razonable hubiera sido excluir sin más a los organismos públicos de su régimen, para extenderles el mismo régimen que al resto de organismos públicos, quedando, en consecuencia, íntegramente sometidos al TRLCAP.

Como observación general y final, en esta nota que tan sólo se ha fijado en una parte mínima de estos *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, podemos concluir que se trata, a nuestro juicio, de la obra más útil y completa de este estilo que se encuentra en el mercado. Naturalmente, por su dimensión, no puede tratar muchos problemas más que de forma sucinta. Aunque creemos que, a pesar de ello, cumple perfectamente con su objetivo de ser una obra esencialmente práctica.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
ALFREDO GALLEGO ANABITARTE
Universidad Autónoma de Madrid

MAGIDE HERRERO, Mariano: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, 561 págs.

1. La obra tiene su origen en la Tesis doctoral que elaboró su autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y que mereció el Premio Extraordinario de Doctorado del curso académico 1999-2000. La Tesis fue realizada bajo la dirección del Profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, quien también prologó este libro, destacando, entre otras cosas, a partir de una aparente contradicción insalvable de las Administraciones analizadas en él con el artículo 97 de la Constitución, que la propia propuesta del autor de «interpretación sistemático-teleológica sobre la función gubernativa de dirección de la Administración en la economía constitucional, anclada en el principio democrático, (...) condicionará todos sus ulteriores planteamientos sobre los límites constitucionales a las Administraciones independientes».