

LA CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

José Antonio Moreno Molina.

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Castilla-La Mancha

ÍNDICE:

I.- INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.....	2
II.- LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS QUE ESTABAN SUJETAS LAS FUNDACIONES EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LA LCSP.....	3
III.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU CARÁCTER BÁSICO.....	4
IV.- LA TIPOLOGÍA DE ENTIDADES CONTRATANTES EN LA NUEVA LCSP Y LA REFERENCIA EXPRESA A LAS FUNDACIONES EN LA LETRA F) DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 3.	5
1) Las Administraciones Públicas.	
2) Los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas.	
3) Las restantes entidades del sector público.	
V.- LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LA LCSP A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.....	10
VI.- LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DEBEN CONSIDERARSE COMO PODERES ADJUDICADORES.....	13
VII.- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA LCSP.....	15
1) Los contratos de las Fundaciones se consideran en todo caso como contratos privados.	
2) Los contratos sujetos a regulación armonizada.	
3) Las reglas sobre preparación de los contratos.	
4) La adjudicación de los contratos.	
5) Las instrucciones internas de contratación.	
6) Los efectos y extinción de los contratos.	

I.- INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.

Antes de entrar en el análisis de las obligaciones que para las fundaciones del sector público se derivan de la normativa española y comunitaria europea sobre contratación pública, hay que hacer una breve referencia al marco normativo general de las fundaciones del sector público.

El artículo 34 de la Constitución reconoce el derecho a crear fundaciones y la regulación de las fundaciones se encuentra principalmente, como figura jurídica propia del Derecho civil, en los artículos 37 y concordantes del Código Civil. Tiene carácter jurídico esencial para estas organizaciones la ausencia de ánimo de lucro y la afección de su patrimonio por voluntad de sus creadores a la realización de fines de interés general. La contratación que lleven a cabo en razón a su naturaleza privada, ostenta carácter civil, lo que conduce a que cualquier controversia sobre la contratación se someta al orden jurisdiccional civil como materia propia del mismo (art. 9.2 LOPJ).

En desarrollo de la Constitución, se aprobó la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, posteriormente derogada de forma parcial por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que llevó a cabo una ordenación de las fundaciones del sector público estatal en sus artículos 44 y ss.

Pues bien, para la Ley de 2002 son fundaciones del sector público estatal aquellas en las que concurran alguna de las siguientes circunstancias: que se hayan constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por cien por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (art. 45).

Es significativo en esta regulación el que las fundaciones del sector público no puedan ejercer potestades públicas y el que su contratación deba ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad.

El artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), al definir el sector público estatal, incluye dentro del mismo a las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley 50/2002 de fundaciones, además de a la Administración General del Estado, los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado, las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella, las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social y las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

A los efectos de la LGP, el sector público estatal se divide en el sector público administrativo, el sector público empresarial y el sector público fundacional, integrado este último por las fundaciones del sector público estatal.

El régimen económico y financiero del sector público estatal se regula en la LGP, sin perjuicio de las especialidades contenidas en otras normas especiales y de lo establecido en la normativa comunitaria.

En particular, se someterán a su normativa específica:

- a) El sistema tributario estatal.
- b) Los principios y normas que constituyen el régimen jurídico del sistema de la Seguridad Social, así como el establecimiento, reforma y supresión de las cotizaciones y prestaciones del sistema.
- c) El régimen jurídico general del patrimonio del sector público estatal, así como la regulación de los demanios especiales.
- d) El régimen jurídico general de las relaciones financieras entre el sector público estatal y las Comunidades Autónomas y entidades locales.
- e) El régimen jurídico general de las Haciendas locales.
- f) Los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico de las ayudas o subvenciones concedidas por las entidades integrantes del sector público estatal con cargo a sus presupuestos o a fondos de la Unión Europea.
- g) El régimen general de la contratación de las entidades integrantes del sector público estatal.
- h) El régimen de contratación de obligaciones financieras y de realización de gastos, en aquellas materias que por su especialidad no se hallen reguladas en esta Ley.

En fin, tendrán carácter supletorio las demás normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho común.

II.- LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS QUE ESTABAN SUJETAS LAS FUNDACIONES EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LA LCSP.

De acuerdo con la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, las fundaciones del sector público estatal ajustarán su contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (art. 44.5).

La Ley de Contratos anteriormente vigente (TRLCAP de 16 de junio de 2000, tras su reforma operada a través del Real Decreto Ley de 11 de marzo de 2005), disponía en su artículo 2 que:

“las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de

licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.278.227 euros, equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro (DEG), si se trata de contratos de obras, o a 211.129 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados” (el subrayado es añadido).

Los requisitos a los que se refiere esta disposición al hablar de las fundaciones del sector público –artículo 1.3.b)- son la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, la financiación pública mayoritaria y el control público de su gestión.

Asimismo, la disposición adicional 6ª de la Ley de Contratos anterior establecía que:

“las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes 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, se ajustarán 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”.

La referencia expresa a las fundaciones del sector público se incluyó en el artículo 2 y en la disposición adicional 6ª del TRLCAP por el RD Ley 5/2005, de 11 de marzo, que fue la inmediata reacción española a la STJCE de 13 de enero de 2005, que condenó al Estado español por incumplir el Derecho comunitario europeo de la contratación pública.

En efecto, tras dictar el Tribunal europeo la citada sentencia, y con una celeridad digna de mejor causa, el 15 de marzo de 2005 entró en vigor una reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas llevada a cabo por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo. Esta norma, intitulada de “reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública”, incorporó en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP aprobado por el RDL 2/2000, de 16 de junio.

III.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU CARÁCTER BÁSICO.

Tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), ésta ha pasado a constituir la norma cabecera del Derecho español de la contratación pública.

La LCSP responde a la necesidad para el Estado español de incorporación de las previsiones de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo plazo de trasposición finalizó el 31 de enero de 2006.

Pues bien, la LCSP, su desarrollo parcial aprobado por el Real Decreto 1817/2009, de 8 de mayo, y, hasta que no se apruebe el reglamento de ejecución general de la misma y en todo lo que no contradiga a la Ley, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contienen la mayor parte de la regulación jurídica de los contratos públicos, y son aplicables a todas las Administraciones públicas españolas, es decir, deben ser aplicadas tanto por la Administración del Estado como por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales, y no sólo por ellas, sino por el sector público en el amplio sentido que entiende el artículo 3 de la LCSP.

En efecto, la LCSP, de acuerdo con el título competencial del Estado en la materia (artículo 149.1.18 CE), recoge un común denominador sustantivo aplicable a la contratación a celebrar por las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, así como por los Organismos autónomos y las Entidades de Derecho público dependientes de las mismas. En este sentido, la LCSP especifica el carácter básico o no de cada uno de sus preceptos en su disposición final 7ª.

Como ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 141/1993, de 22 de abril, la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas.

IV.- LA TIPOLOGÍA DE ENTIDADES CONTRATANTES EN LA NUEVA LCSP Y LA REFERENCIA EXPRESA A LAS FUNDACIONES EN LA LETRA F) DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 3.

El precepto sin duda más importante para la aplicación e interpretación de la nueva Ley de Contratos es el artículo 3, que con una redacción realmente complicada –con nociones que operan a modo de círculos concéntricos- fija el ámbito subjetivo de la norma. En la tipología de entidades se apoya toda la estructura de la LCSP.

En efecto, dentro de las entidades del sector público sometidas a la LCSP y definidas en el apartado 1 del citado artículo 3, resulta necesario singularizar tres grandes categorías, que llamativamente no coinciden con las derivadas del Derecho comunitario, ni tampoco con las categorías del Derecho administrativo español (en este sentido, la definición de Administración Pública del apartado 2 del artículo 3 de la LCSP, que excluye a las entidades públicas empresariales, es sustancialmente distinta de la que establecen con pretensiones generales la LOFAGE -Ley 6/1997, de 14 de abril- o la LRJPAC -Ley 30/1992, de 26 de noviembre-). Por ello insiste el legislador en todos los apartados del artículo 3 en que las nociones que maneja lo son a los exclusivos “efectos de esta Ley”.

Pues bien, las tres categorías que resultan del análisis del artículo 3 son: los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas -apartado 2 del artículo 3-, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas -apartado 3 del artículo 3- y la categoría residual de las restantes entes del sector público, recogida en el apartado 1 del precepto e integrada por aquellos supuestos que no entran dentro de las otras dos categorías anteriores.

Según la categoría de que se trate tendrán que aplicar la Ley con diferentes niveles de intensidad y según sus regímenes contractuales. La LCSP combina para la determinación de estos diferentes niveles de aplicación de la norma criterios subjetivos, con criterios objetivos, entre los cuales destacan sobre todo las clases de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos, privados y contratos sujetos a regulación armonizada o no).

Pues bien, para definir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, el artículo 3 considera que forman parte del sector público “las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades” (letra f del apartado 1).

La LCSP se apoya en la definición de las fundaciones del sector público contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratos utiliza otros criterios diferentes. En efecto, para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo, a la hora de analizar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos a un ente público o privado, el elemento decisivo es el control que un poder adjudicador ejerza sobre el organismo en cuestión. De tal forma que un organismo que depende de los poderes públicos, tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario de los contratos aunque formalmente no constituya una parte integrante de él. El elemento de la participación en el patrimonio no es decisivo, como bien se sabe con mucho menos del 50% de control público se puede dominar a una entidad o a una fundación.

En cualquier caso, es importante resaltar que para asegurar el cierre del sistema, la letra h) del artículo 3.1 de la LCSP establece una cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma, garantizando que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones.

En efecto, además de las fundaciones, el apartado 1 del artículo 3 cita expresamente a los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida

por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local (en este punto no cita el legislador expresamente la Ley de Bases de Régimen Local, pese a que en el mismo apartado sí cita por su nombre la Ley 30/1992).

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

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

Veamos ahora, dentro de este conjunto de entidades, la tipología que la LCSP establece.

1) Las Administraciones Públicas.

Se definen, a los exclusivos efectos de la LCSP, de forma enumerativa en el apartado 2 del artículo 3, tomando como referencia la caracterización del "sector público administrativo" contenida en el artículo 3.1 de la LGP (Ley 47/2003, de 26 de noviembre).

En concreto, para la LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones territoriales (del Estado –Ministerios, Delegaciones del Gobierno y Subdelegaciones...-, de las Comunidades Autónomas –las distintas Consejerías de sus gobiernos- y Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de

regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. Son las denominadas por la doctrina “administraciones independientes” y entre ellas se encuentran, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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

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

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

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas para la LCSP las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Es decir, no son Administración Pública, a efectos de la LCSP, las entidades públicas que, en realidad, realizan una actividad industrial o comercial o venden sus servicios y se financian mayoritariamente con los ingresos derivados de ello y no con fondos públicos. Es el caso, por ejemplo, de RENFE-Operadora o de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE).

f) Pero la Ley también equipara a las Administraciones Públicas, a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación, a los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (disposición adicional 3ª), las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (disposición adicional 33) y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de acuerdo con la disposición final 5ª que modifica al efecto el artículo 22.3.b) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

Pues bien, la mayoría de los preceptos de la LCSP se dirigen a su aplicación por las Administraciones Públicas, que constituyen en consecuencia el núcleo de sujetos al que se aplica con mayor intensidad la norma. Además, con la nueva Ley, sólo los contratos que celebren las Administraciones Públicas pueden tener carácter administrativo (artículo 20.1).

Muestra de la aplicabilidad masiva de la nueva Ley a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas son los contenidos de los títulos centrales de la norma, en los que son la excepción los preceptos dirigidos a las otras categorías contractuales. Así, el Libro II de la Ley dedica sus artículos 93 a 120 a la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas, mientras que sólo contiene un artículo, el 121, dirigido a la preparación de los contratos de otras entidades. En el Libro III las normas sobre adjudicación de los contratos de su Título I se estructuran en un capítulo I relativo a la “Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas” (artículos 122 a 172) y un reducido Capítulo II sobre la “Adjudicación de otros

contratos del sector público” (artículos 173 a 177). En fin, el Libro IV, regulador de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, se aplica por definición sólo a las Administraciones Públicas.

2) Los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas.

Se trata de una categoría que pretende incluir a los sujetos sometidos a las reglas públicas sobre contratación por el Derecho comunitario europeo. La definición de estos sujetos se encuentra en el artículo 3.3 LCSP por referencia a los criterios sentados en la citada Directiva 2004/18/CE y curiosamente recogidos tanto en la letra b) de este apartado 3 como en la letra h) del apartado 1 del mismo artículo 3.

La Ley española acuña el concepto de poder adjudicador para incorporar la terminología comunitaria –al igual que, por ejemplo, incorpora el concepto de oferta económica más ventajosa para sustituir a los tradicionales términos españoles de subasta y concurso–, que identifica en el apartado 3 del artículo 3 considerando como tales a los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos, que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

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

La interpretación de esta definición debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que analizaremos en el siguiente epígrafe de este mismo trabajo. Pero hay que destacar que la clave de la misma es la naturaleza de la actividad que satisfaga el organismo o entidad de que se trate: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado. En todo caso, como puso de relieve la STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto SIEPSA, en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública.

3) Restantes entes del sector público.

Se definen negativamente por no tener el carácter de Administraciones Públicas ni de poderes adjudicadores. Son, en definitiva, los entes que, estando incluidos en el ámbito del artículo 3.1, no se encuentran mencionados en el artículo 3.2 ni en el 3.3, que como acabamos de ver recoge una definición general de muy amplia cobertura, por lo que esta categoría residual integra en realidad pocos sujetos públicos.

Sería, por ejemplo, el caso de algunos entes públicos o semipúblicos (Mutuas de la Seguridad Social, colegios profesionales, etc.), si no reúnen los requisitos de los poderes adjudicadores.

Además de las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, estos sujetos deben observar unas directrices mínimas para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (artículo 176).

V.- LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LA LCSP A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

Pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, el legislador español ha optado por una adaptación peculiar y cuanto menos confusa al superponer los distintos conceptos (entes del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones Públicas), habiéndose descartado la vía más sencilla y acorde con la Directiva 2004/18 de reproducir su contenido, como sin embargo se ha hecho por la Ley en otras muchas cuestiones (vgr. definición de nuevos procedimientos y formas de adjudicación de los contratos como el diálogo competitivo, la subasta electrónica, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de adquisición).

Hay que recordar que el Estado español ha sido especialmente reticente en la adaptación de nuestro derecho al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación, lo que ha obligado a constantes remiendos legislativos para cumplir las sentencias del TJCE o evitar nuevos recursos de la Comisión Europea. En efecto, fueron sucesivamente ampliando el elenco de sujetos sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 las reformas de la norma llevadas a cabo en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), pese a lo cual no se llegó a adaptar correctamente nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias en la materia (véanse las duras sentencias del TJCE contra España de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005; así como el recurso de la Comisión contra España interpuesto el 30 de mayo de 2007, asunto C-255/07)¹.

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que, frente al plazo de seis meses desde su

¹ Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2007 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (asunto C-255/07). La pretensión de la Comisión es que se declare “que, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha directiva”. Sobre la trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase MEDINA, T. y TRYBUS, M., “Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member Status on February 1, 2007”, *Public Procurement Law Review*, nº 4 (2007), págs. 89-118.

publicación en el “Boletín Oficial del Estado” para la entrada en vigor de la Ley que contemplaba la disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre el ámbito de aplicación de la legislación de contratación pública entraron en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 1 de noviembre de 2007².

La LCSP ha recogido finalmente en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de derecho público de las directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Los entes incluidos en ambos preceptos son entes del sector público que constituyen poderes adjudicadores.

² La disposición transitoria séptima de la LCSP establecía –con una redacción realmente confusa- que hasta la entrada en vigor de la Ley, las normas del TRLCAP, se aplicarían en los siguientes términos:

“a) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tengan la consideración de Administraciones Públicas, sujetarán su contratación a la totalidad de las disposiciones de esa norma.

b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de la LCSP y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicarán las normas de dicha Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato.

c) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 de la LCSP, pertenezcan al sector público, y no tengan la consideración de Administraciones Públicas o de poderes adjudicadores conforme a las letras anteriores, sujetarán su contratación a lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Igualmente, hasta la entrada en vigor de la LCSP, las normas de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares serán aplicables a los contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupos 45.2 de Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, así como a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por entes, organismos o entidades de los mencionados en las letras a) o b) del apartado anterior en más del 50 por 100 de su importe, y éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.278.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 211.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados (como se sabe estas cifras fueron modificadas por la UE estableciéndose en 5.150.000 y 206.000 euros).

La LCSP define pues a los poderes adjudicadores en base a una serie de requisitos que provienen de las Directivas comunitarias y a su vez han sido ya objeto de una bastante desarrollada interpretación jurisprudencial: el ente, organismo o entidad debe a) tener personalidad jurídica, b) haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y c) estar sujeto a dependencia de una Administración u otro poder adjudicador porque alguno de ellos financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Cierto que, mientras que en la LCSP se habla de poderes adjudicadores, en la Directiva 2004/18 se diferencia entre poderes adjudicadores y organismos de derecho público. En concreto, el artículo 1.9 de la citada norma europea dispone lo siguiente:

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

Es considerado ‘organismo de Derecho público’ cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

La consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado que el concepto de organismo de derecho público es un concepto de Derecho comunitario que como tal debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. El concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (véanse, en este sentido, las Sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de derecho privado (sociedad, fundación o asociación) como organismo de derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en las directivas de contratos, sin que el estatuto de derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (Sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 54, 55 y 60).

En primer lugar, para definir el concepto de organismo de derecho público debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, pues si lo tienen, por tratarse de gestión económica o de mercado, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico privado. Como puso de relieve la STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto *SIEPSA*, en ausencia de riesgo empresarial,

una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y está sometido a las reglas y principios de la contratación pública.

En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada –pública o privada– no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 15 noviembre de 1998: “...es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”. Las empresas mercantiles no pueden entenderse, en consecuencia, excluidas del ámbito de aplicación. La STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España, concluye que: “De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora”, en el sentido de las directivas sobre contratos públicas.

El último requisito que se exige es que el control del ente –por vía financiera o cualquier otro medio– sea de la Administración Pública (u otro poder adjudicador). Debe estarse, por tanto, al dato de la influencia dominante del poder público sobre el organismo adjudicador. Las STJCE de 3 de octubre de 2000 (asunto Universidad de Cambridge) y 23 de diciembre de 2007 (asunto Bayerischer Rundfunk y otros) han aclarado cuando existe financiación mayoritariamente pública, que no debe confundirse con financiación a cargo de los presupuestos públicos. Igualmente concurre este tercer criterio cuando existe un control final en la toma de decisiones por parte del poder público. Así lo ha afirmado la STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler a precio moderado.

VI.- LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DEBEN CONSIDERARSE COMO PODERES ADJUDICADORES.

La notable amplitud de la noción comunitaria europea de poder adjudicador y su traslación a los conceptos del artículo 3 de la LCSP tiene como consecuencia inmediata la consideración de que la mayoría de las entidades y organismos públicos en España que no son Administraciones públicas –por no entrar en la definición expresa del artículo 3.2– deben ser considerados como poderes adjudicadores.

Así ocurre, en particular, con las fundaciones del sector público, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Constitución española de 1978 (“Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general...”) y en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (“Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen

afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”) no pueden tener por objeto fines de carácter industrial o mercantil, por lo que cabe considerarlas como poderes adjudicadores.

Aunque las fundaciones del sector público desarrollasen alguna actividad económica ésta sería complementaria o accesorio a sus fines (que el artículo 3 de la Ley 50/2002 enumera de forma ejemplificativa³) y hay que tener en cuenta en este sentido que la STJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96 Mannesmann) indica que, si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una bis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos.

Al ser poderes adjudicadores, a las Fundaciones del sector público se les aplican, además de las normas del Libro I obligatorias para todos los contratos del sector público, unas reglas bastante próximas a las de las Administraciones Públicas en la preparación y adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 27, 104, 105, 173 y 174), y unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (artículo 175).

En efecto, la Ley de Contratos establece las “normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas” en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I del Libro III. Entre estas normas, la Ley distingue, por un lado las reglas aplicables a contratos sujetos a regulación armonizada, indicando en el artículo 121.1 lo relativo a preparación de los contratos y en el artículo 174 lo relativo a adjudicación de los mismos, y por otro lado aquellos otros contratos no sujetos a armonización. Respecto de estos últimos, el artículo 121.2 prevé una serie de indicaciones para la preparación de dichos contratos, estableciendo por su parte el artículo 175, en lo que se refiere a la adjudicación el sometimiento de la misma a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad y no discriminación.

Para ello, la LCSP atribuye a dichos poderes adjudicadores un importante poder de disposición al ordenarles que aprueben unas Instrucciones en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económica más ventajosa.

³ El apartado 1 del artículo 3 de la Ley 50/2002 señala que “las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”.

VII.- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA LCSP.

1) Los contratos de las Fundaciones se consideran en todo caso como contratos privados.

La LCSP mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho –pero que no se conocen en las Directivas comunitarias- de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado) para los contratos del sector público, precisando los supuestos en que se aplica uno u otro y las normas por las que se rigen.

Sin embargo, la regulación introduce una novedosa configuración de las categorías ya que la figura de los contratos administrativos se reserva exclusivamente a los celebrados por las Administraciones Públicas. Para todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (que define el apartado 2 del artículo 3 de la LCSP), como son las Fundaciones, los contratos que celebren se considerarán contratos privados (artículo 20.1).

Por ello, cuando las Fundaciones celebren alguno de los tipos contractuales definidos en los artículos 5 a 12 de la LCSP, definidos por cierto de acuerdo con la Directiva 2004/18, celebrarán contratos privados de obras públicas, de suministros o de servicios (no podrán celebrar contratos de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos o de colaboración entre el sector público y el sector privado, porque estos tipos se reservan por la LCSP a las Administraciones públicas). Si esos mismos contratos (de obras, suministros o servicios) los celebra un Ayuntamiento serán calificados como contratos administrativos.

2) Los contratos sujetos a regulación armonizada

Para determinar la normativa aplicable a los contratos que celebren las Fundaciones resulta imprescindible distinguir entre aquellos contratos que celebren que se encuentren o no sujetos a regulación armonizada.

El artículo 13 de la LCSP define los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) en función de la entidad que los celebra (debe ser un poder adjudicador, aunque hay una excepción en relación a los contratos subvencionados), por su tipo (obras, concesión de obras públicas, suministro, servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II y colaboración público-privada) y por su cuantía (umbrales previstos por la Directiva 2004/18/CE, salvo los de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que en todo caso se consideran sujetos a regulación armonizada).

De esta forma, serán SARA:

-contratos de obras y concesión de obras públicas: si su valor estimado (concepto que concreta el artículo 76 de la LCSP –importe total del contrato sin IVA⁴-) es igual o superior a 5.150.000 euros.

⁴ Véanse las Circulares de la Abogacía General del Estado nº 3/2008 (“Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de los contratos menores”) y nº 4/2008

- contratos de suministro de valor estimado igual o superior a 133.000 o 206.000 euros⁵.
- contratos de servicios de valor estimado igual o superior a 133.000⁶ o 206.000⁷ euros.

La identificación de estos contratos se ajusta en consecuencia al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, si bien frente a la caracterización de la norma comunitaria, el concepto no incluye los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II -los servicios no esenciales en la terminología comunitaria⁸-, a los que la Directiva declara aplicables solo las normas sobre establecimiento de prescripciones técnicas y publicidad de las adjudicaciones. En relación con estos contratos de servicios, especialmente numerosos por la capacidad de absorción del cajón desastre que constituye la categoría 27 de "otros servicios", la LCSP opta por dejarlos fuera de la categoría SARA y establecer su sometimiento a las mismas reglas que éstos en los lugares pertinentes de la ley (vgr. artículos 104.1 -información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo- y 138.3 -referido a la publicidad de la adjudicación-).

La LCSP otorga un tratamiento especial a un tipo contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al que en todo caso considera sujeto a regulación armonizada, con independencia de su cuantía.

("Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de la garantía provisional de los contratos").

⁵ 133.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral solo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo III de la LCSP (art. 15.1.a). Y 206.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos de los anteriores, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto.

⁶ Cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) del artículo 16.1.

⁷ Cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II de la LCSP.

⁸ Se trata de los servicios de hostelería y restaurante, de transporte por ferrocarril, de transporte fluvial y marítimo, de transporte complementarios y auxiliares, servicios jurídicos, servicios de colocación y suministro de personal, servicios de investigación y seguridad -excepto servicios de furgones blindados-, servicios de educación y formación profesional, servicios sociales y de salud, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos y la amplia categoría de "otros servicios".

Hay que destacar la novedad que supone la incorporación por la legislación española de este contrato, sobre el que no hay regulación comunitaria, ya que este tipo ni se recoge en la Directiva 2004/18/CE –que sólo disciplina los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios- ni ha dado lugar a una directiva específica. Tampoco parece que a corto o medio plazo se vaya a aprobar una norma comunitaria sobre esta figura contractual debido a la falta de consenso entre los países europeos en la materia⁹.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se define en el artículo 11 de la LCSP como aquél:

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

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

Se trata pues de un contrato típico (artículos 5 y 11) y administrativo, ya que se celebra necesariamente por una Administración pública (artículo 19), por lo que una Fundación del sector público no podrá acudir a este tipo contractual.

3) Las reglas sobre preparación de los contratos.

Por lo que se refiere a la preparación de los contratos de las Fundaciones, en el Libro II de la LCSP sólo se le dedica un precepto, en contraste con los artículos dedicados a la preparación de los contratos por las Administraciones públicas (93 a 120, ambos inclusive). En efecto, el artículo 121 integra en solitario el Capítulo Único del Título II del citado Libro II de la nueva Ley.

Así, en relación con el establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos, establece que en los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, así como en los contratos

⁹ Véase el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104.

Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos en la tramitación de urgencia de los expedientes de contratación.

En contratos distintos a los mencionados anteriormente de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.

Sin embargo, carece de sentido que la LCSP exija la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a los contratos de más de 50.000 euros y no a los de muchas más alta cuantía, como son los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que hemos visto sólo exige que observen las reglas para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas. Una interpretación sistemática de la Ley –teniendo en cuenta sobre todo lo dispuesto por los artículos 26 y 37.2– obligaría a entender que debe exigirse la elaboración de Pliegos a todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores cuya cuantía sea superior a 50.000 euros¹⁰.

4) La adjudicación de los contratos.

Al establecer las normas de adjudicación de los contratos aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, como son las Fundaciones del Sector Público, la LCSP distingue entre los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que somete a unas reglas muy estrictas, y los no sujetos.

La adjudicación de los contratos SARA, así como la de los contratos subvencionados, se rige por las mismas normas que se aplican a las Administraciones públicas salvo algunas adaptaciones que concreta el artículo 174 de la nueva Ley.

En concreto, no será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134, sobre la intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos (lo que resulta verdaderamente llamativo puesto que la LCSP introduce este novedoso control para limitar la discrecionalidad, pero lo

¹⁰ En este sentido se pronuncia la Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, que versa sobre la contratación de las fundaciones del sector público estatal, de las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado .

aplica sólo a las Administraciones públicas y no al resto de poderes adjudicadores, esto es, se desconfía de funcionarios y políticos y no de los órganos de contratación de entidades u organismos públicos), en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

Tampoco será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos en la tramitación de urgencia del procedimiento.

Por el contrario, para la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, la LCSP prevé un régimen mucho más flexible, con la aprobación por cada entidad u organismo de unas instrucciones internas de contratación. La Ley únicamente establece que las instrucciones serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas y que en ellas se regularán los procedimientos de contratación de forma que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa y quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (letra b) del artículo 175).

5) Las instrucciones internas de contratación.

Para la adjudicación de los contratos no SARA, la LCSP prevé un régimen muy flexible, con la aprobación por cada entidad u organismo de unas instrucciones internas de contratación. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. La letra c) del artículo 175 considera cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

La disposición transitoria sexta de la LCSP contempla que a partir de la entrada en vigor de la Ley, y en tanto no se aprueben las instrucciones internas (hay

que advertir que la mayoría de las Fundaciones en España han aprobado con rapidez estas instrucciones, una vez entrada en vigor la LCSP, y las han publicado en sus perfiles de contratantes), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas se regirán, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas en el artículo 174. Estas normas deberán igualmente aplicarse por las restantes entidades del sector público para la adjudicación de contratos, en tanto no aprueben las instrucciones previstas en el artículo 176.3.

Con esta regulación, la LCSP abre una importante posibilidad de escape de los principios generales de la contratación pública (otra posibilidad más, como los contratos menores cuya cuantía tanto se ha elevado ahora), con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos a regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público. Todas estas entes públicos, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa –tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local-, en la medida en que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados, si es que tienen esa posibilidad –y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos que puedan establecer¹¹-. El problema de acceso a esta contratación será mayor cuanto más pequeñas sean las empresas. La libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se pueden ver, en consecuencia, muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de estos principios para la contratación de todos los entes instrumentales no sólo *ex artículo 1 LCSP*, sino también *ex artículos 123 y especialmente 175.a) y 176.1 de la nueva Ley de Contratos*.

Hay que recordar en este punto la importante doctrina de El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado¹² – y en base al cual se fundamenta la nueva categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación armonizada-, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido

¹¹ GIMENO FELIÚ J.M. (2008), “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Administración Pública*, 176, advierte del peligro de esta deslegalización procedimental (p. 49).

¹² Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

interpretados por el propio Tribunal¹³. En el mismo sentido se pronuncia la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea aplicable a la adjudicación de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/CE-179/02).

6) Los efectos y extinción de los contratos.

En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados por las Fundaciones, se aplicarán las normas del Derecho privado, ya que estos contratos son en todo caso contratos privados, por lo que no quedan sujetos al Libro IV de la LCSP. Nos encontramos aquí ante una consecuencia trascendente de la nueva categorización de los contratos administrativos y privados en función de la entidad contratante que lleva a cabo la LCSP.

Pues bien, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación y adjudicación de estos contratos privados –que son todos los que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública-, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. En consecuencia, la decisión para atribuir el conocimiento de los procesos sobre contratación pública a la jurisdicción contencioso administrativa o a la civil se apoya en un criterio tan poco relevante como la cuantía de los contratos, que es principalmente lo que decide si estamos ante un contrato SARA o no SARA.

Cuando la tendencia en nuestro Derecho público se mueve hacia la unificación procesal –que tanto esfuerzo y reformas legislativas ha costado conseguir por ejemplo en relación con los litigios sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas¹⁴-, se resucita por la LCSP la problemática de la dualidad de jurisdicciones cuando debería haberse mantenido la clásica teoría de los actos separables residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante¹⁵.

¹³ Ver, por todas, la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH.

¹⁴ Para acabar con la dualidad jurisdiccional en la materia hubieron de reformarse sucesivamente la Ley de procedimiento administrativo 30/92, la Ley jurisdiccional 29/1998 y la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Al respecto puede consultarse GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. (2004): “Exclusividad del Recurso contencioso-administrativo para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*; nº II, pág. 62.

¹⁵ Sobre esta cuestión véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005), *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, págs. 107 y ss.

La opción adoptada por la Ley 30/2007 contrasta con la elegida por la Ley 31/2007¹⁶, norma –no lo olvidemos- aprobada el mismo día por nuestro Parlamento y publicadas ambas en el mismo BOE, que al regular la tramitación de las reclamaciones por infracciones de lo dispuesto en la misma, establece que las resoluciones recaídas en el procedimiento “agotan la vía administrativa pudiendo ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa” (artículo 113).

Por lo demás, los distintos operadores jurídicos deberán esforzarse de nuevo por interpretar el ya de por sí impreciso apartado b) del artículo 2 de la LJCA que dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”.

¹⁶ Analiza esta norma BERMEJO VERA, J., “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), páginas 115 y ss.