

ANÁLISIS DEL CONTEXTO JURÍDICO-CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Jorge Cuerda Mas
Letrado
Diputación de Valencia

Borja Colón de Carvajal Fibla.
Jefe de Planificación
Diputación Provincial de Castellón

ÍNDICE:

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

III.- PREPARACIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODER ADJUDICADOR.

IV.- ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA CELEBRADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODER ADJUDICADOR.

V.- ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA CELEBRADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODER ADJUDICADOR.

VI.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Una de las principales discusiones doctrinales y jurisprudenciales que se han originado desde antiguo ha tenido como principal protagonista la delimitación de los sujetos a los que era de aplicación la normativa sobre contratación pública¹.

Este hecho ha venido conformando las distintas redacciones que las Leyes han dedicado a la delimitación del ámbito subjetivo y, por ende, el sometimiento de los operadores jurídicos a la misma.

La mencionada controversia ha surgido tradicionalmente en relación con los entes instrumentales o institucionales de la Administración Pública y, no tanto, con los entes territoriales o agrupaciones de dichos entes.

¹ Así puede verse en *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*. Tomo I, JIMÉNEZ APARICIO, Emilio y otros, Aranzadii, 2009, págs. 87 y ss. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", J.M^º. GIMENO FELIU, *RAP*, núm.151, 2000, págs. 432 y ss.
El informe 3/2009, de 28 de mayo de la JCC de la Generalitat de Catalunya desarrolla de forma minuciosa el ámbito subjetivo de la LCSP.

Así pues, dentro de la delimitación de entes institucionales pueden surgir numerosas formas que precisan de un análisis particularizado en razón de cada una de ellas, pudiendo distinguir, con meros efectos enunciativos, a los Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Sociedades mercantiles de capital público, Fundaciones Públicas o, cómo no, las Agencias estatales.

Corresponde, sin embargo, centrar el presente trabajo en las Sociedades mercantiles para indagar cuándo quedan sujetas a la Ley de contratos del sector público, en qué grado y, especialmente, fijarnos en la preparación y adjudicación de los contratos que pretendan celebrar, lo que da rúbrica a este estudio.

II.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público² (en adelante LCSP) se da un giro de 180 grados en el tratamiento de las sociedades mercantiles como verdaderos “órganos de contratación” sujetos a las Directivas comunitarias reguladoras de la materia³. En otras palabras, se supera ampliamente la regulación que de dichos organismos se efectuaba por el ya derogado art. 2 del TRLCAP⁴ y su Disposición Adicional Sexta. Con este cambio, que por otro lado clamaba al cielo, se da cabida definitivamente a la jurisprudencia comunitaria entorno a la interpretación funcional del concepto de poder adjudicador y, de paso, tal y como deja entrever la Exposición de Motivos de la propia LCSP, se recupera una parcela perdida en la batalla librada durante los últimos años frente a la “huida del Derecho Administrativo”⁵.

Así pues, con la LCSP en la mano, todos los contratos celebrados por sociedades mercantiles, sean o no éstas poderes adjudicadores, son contratos privados, tal y como establece el art. 20.1 de la misma.⁶ Si atendemos, entonces, a la definición de Administración Pública que la propia Ley establece en su art. 3.2 veremos que las sociedades mercantiles no tienen la consideración de Administración Pública⁷, aunque sí forman parte del sector público si la participación pública en su capital social supera el 50%⁸.

² Al respecto puede verse PÉREZ CRESPO, B. “Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en VV. AA. (coordinación MORENO MOLINA, J. A.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación a las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

³ En concreto, la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, así como la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

⁴ 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.

⁵ Para una análisis más exhaustivo de esta cuestión, se puede acudir a COLÓN DE CARVAJAL, B. (2009) “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una aproximación a su verdadera utilidad”, *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, núm. 85, págs. 53-63.

⁶ Según el cual: “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”.

⁷ La D.A. 12ª LOFAGE señala que “1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación...”.

⁸ Esta definición viene a ser una copia literal del art. 166.1.c) de la Ley 33/2003, de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Esto implica que la preparación y adjudicación de los contratos que celebren las sociedades mercantiles se regirán, en defecto de normas específicas, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. Por otro lado, en cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

Por otra parte, la LCSP acuña el término de “contratos sujetos a regulación armonizada”⁹ (contratos SARA) para referirse a aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas en materia de contratos públicos, concretamente, la Directiva 2004/17/CE, de sectores excluidos y, principalmente, la Directiva 2004/18/CE, de coordinación de los procedimientos de contratación.

En este sentido, la delimitación general de esta tipología contractual viene determinada en los art. 13 a 16 de la LCSP. Nos encontramos, pues, ante un contrato SARA siempre que la entidad contratante tenga la condición de poder adjudicador y celebre:

- a) Contratos de obras y de concesión de obra pública cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.150.000¹⁰ €.
- b) Contratos de suministros y servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 206.000 € o 133.000 €¹¹.

⁹ Para profundizar en el análisis de esta nueva categoría contractual, véase MORENO MOLINA, J.A. “Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, número 178, Enero/Abril 2009.

¹⁰ Todos los importes que aparecen en este artículo fueron modificados por la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre. Hemos de recordar que las cantidades reflejadas lo son con exclusión del IVA como se ha encargado de delimitar la JCC del Estado en varios informes, pudiendo destacar, entre otros, el informe núm. 43/2008, de 28 de julio o el informe núm. 26/2008, de 2 de diciembre. De conformidad con el primero “con referencia al valor de los contratos la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento.

Junto a estos tres conceptos la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen y por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. Ello no obstante, y por regla general cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado.

En base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio. A este respecto, el término precio debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que lo considera como la retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la Ley así lo prevé. Siendo así, es criterio de esta Junta Consultiva que cuando en la Ley de Contratos del Sector Público se habla de precio del contrato debe entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. Ello resuelve a su vez la problemática referente a si en el precio debe o no incluirse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la operación. Se puede plantear la duda por el artículo 75.2 de la Ley dispone que “En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”. Esta expresión puede interpretarse tanto en el sentido de que el Impuesto forma parte del precio, si bien debe hacerse constar separadamente su importe, como que éste es partida independiente del precio. La conclusión más adecuada, si duda, es considerar que en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, lo que se desprende por el hecho de que se mencione, aunque sea para decir que se haga constar separadamente, en el artículo que regula con carácter general el precio de los contratos”.

También puede verse la recomendación 1/2009, de 28 de mayo de la JCC de Canarias al estudiar la inclusión o exclusión del IGIC.

¹¹ Dependiendo de si los contratos son adjudicados o no por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Finalmente, cabe decir que las sociedades mercantiles celebrarán, si son poderes adjudicadores, tanto contratos SARA como contratos no SARA, pero si no son poderes adjudicadores dichas sociedades celebrarán exclusivamente contratos no SARA.

En relación con lo anterior, la LCSP crea en su art. 17 la figura de los “contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada”, entendiéndose por tales a los contratos de obras y los contratos de servicios que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes¹²:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil¹³, o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.150.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 206.000 euros.

Parece, pues, inevitable, acudir al concepto de “poder adjudicador” para determinar el nivel de sometimiento de las sociedades mercantiles a la LCSP: segundo nivel de sometimiento si es poder adjudicador, puesto que no es Administración Pública y no puede formar parte del primer nivel; o tercer nivel de sometimiento si no cumple los requisitos del concepto de poder adjudicador y sólo se considera sector público.

En torno al concepto de poder adjudicador¹⁴ decir, en primer lugar, que su definición proviene más de la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que del propio Derecho Comunitario. Es, en cualquier caso, el art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE al definir el concepto de “organismo público”¹⁵ el que fija definitivamente el concepto de poder adjudicador al incorporar la interpretación funcional del mismo que había sentado el TJCE¹⁶.

¹² Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquéllos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las restantes disposiciones de esta Ley que les sean de aplicación.

¹³ De la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE).

¹⁴ Sobre la noción de poder adjudicador resulta interesante la Circular 1/2008, de 3 de marzo de la JCC de Aragón.

¹⁵ El artículo mencionado señala que “son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas”.

¹⁶ Como por ejemplo, la reciente sentencia de 10 de abril de 2008 (Caso Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt contra Fernwärme Wien GMBH). Entre otras sentencias, podemos citar, también, la de 1 de enero de 2001 (Asunto 237/99, Comisión/Francia), la de 12 de diciembre de 2002 (Asunto C-470/99, Universale Bau y otros), la de 27 de febrero de 2003 (Asunto 373/00, Adolf Truley) y la de 15 de mayo de 2003 (Asunto Comisión/España).

Así pues, para poder determinar si una sociedad mercantil puede ser considerada como poder adjudicador, debemos atender a las características que fija el art. 3.1, letra h) de la LCSP, a saber: cualesquiera entes, organismos o entidades que cumplan acumulativamente los siguientes tres requisitos:

1º. que tengan personalidad jurídica propia.

2º. que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil¹⁷, es decir, que no actúen en el mercado en régimen de competencia efectiva, y esto sucede siempre que:

- a) falta de competencia en el mercado.
- b) falta de ánimo de lucro como objetivo principal.
- c) no asunción de riesgos derivados de su actividad.
- d) eventual financiación pública de su actividad.

3º. siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público:

- a) financien mayoritariamente su actividad¹⁸ o
- b) controlen su gestión o
- c) nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Es el requisito de la financiación mayoritaria es que más problema plantea pues, sólo hace falta ojear la jurisprudencia del TJCE, para darnos cuenta de la importancia de este requisito y la dificultad de determinar concretamente su alcance.

Siguiendo, para el análisis de este requisito, el Informe de la JCC de Andalucía núm. 18/2008, de 27 de noviembre¹⁹, por la variedad de cuestiones que se suscitan en

¹⁷ En el caso de que se produzca en la sociedad una duplicidad de actividades (actividades de carácter industrial o mercantil y actividades que no tengan ese carácter) el criterio del TJCE es el de que las normas de aplicación a la contratación se extienden mediante su vis atractiva a todas las actividades de la sociedad, incluidas las relacionadas con las de carácter privado o mercantil, y ello incluso si las actividades de carácter industrial o mercantil son las predominantes en la sociedad. En este sentido, pueden verse las SSTJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, Mannesmann) y de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, ARA). Asimismo, puede verse el informe JCC de Canarias núm. 5/2008, de 24 de septiembre, que recoge de forma sistemática la Jurisprudencia del TJCE sobre el particular, indicando cuándo existe o no carácter industrial o mercantil (folios 9 y ss). También, muy clarificador, el informe de la JCC de Cataluña núm. 4/2008, de 7 de julio. De este último merecen destacar las conclusiones a las que se llega. Así, "En este sentido, cabe recordar que:

- La calificación formal de entes sujetos a régimen privado no puede prejuzgar el análisis del ejercicio de una actividad exclusivamente industrial o mercantil;

- El hecho de tratarse de una actividad que tiene como finalidad la consecución del interés general no obsta que, además, pueda tener carácter mercantil, ya que se trata de cualidades diferentes;

- La vinculación del objeto a potestades públicas y la consiguiente inexistencia de un mercado para los bienes o servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil ni industrial, teniendo en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad;

- La actuación de los entes en régimen de competencia en el mercado no supone, por sí mismo, un indicador unívoco del carácter mercantil o industrial de la actividad del ente, todo y que este elemento se ha de tener en cuenta en este análisis como un indicio de la posible naturaleza mercantil o industrial de la actividad (considerando también a estos efectos si el ente está gestionado según criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad en el marco de un entorno competitivo, o bien no tiene ánimo de lucro ni asume los riesgos derivados de su actividad en el mercado).

- Pueden calificarse como actividades conducentes a la satisfacción de interés general las actividades que se llevan a término en un entorno liberalizado, pero sobre los cuales los poderes públicos deciden intervenir

- No desvirtúa la calificación de una actividad como de interés general el hecho que los entes realicen otras no calificables como tales, aún así cuando el peso relativo de la primera respecto de la actividad global de los entes sea minoritaria".

¹⁸ El término "mayoritariamente", que figura en el artículo 1, letra b), párrafo o segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que significa "más de la mitad".

La Circular 1/2008, de 3 de marzo de la JCC de Aragón extiende el concepto de financiación mayoritaria a un elemento más allá del netamente económico, considerando que también existe o se da este requisito cuando existe un control final en la toma de decisiones por parte del poder público (aludiendo expresamente a la STJCE de 1 de febrero de 2001).

¹⁹ La JCC de Cataluña en su informe 2/2009, de 28 de mayo se plantea, en términos parecidos, la consideración de determinados entes de base privada como poder adjudicador.

relación con el mismo, debe partirse, necesariamente, de lo que se entiende por financiar mayoritariamente la actividad de la sociedad. Dicha expresión se identifica, sin mayor complejidad, con “más de la mitad” (STJCE de 3 de octubre de 2000), C-380/98, University of Cambridge²⁰).

Respecto a la base para calcular cuándo se financia mayoritariamente una actividad con fondos públicos, lógicamente, se estará a todos los obtenidos por la Sociedad, incluidos, todos aquellos que provengan de su actividad mercantil, de poderes adjudicadores o de terceros.

Por otro lado, se discute, también, qué tipo de prestación debe ser incluida en el concepto de financiación mayoritaria, es decir, si basta con que procedan de otro poder adjudicador por cualquier concepto, o si debe restringirse la salida de fondos públicos con destino a la Sociedad de forma cualitativa, esto es, si sería lo mismo a los efectos de calcular el porcentaje de financiación pública, el que se efectúe mediante una subvención o como consecuencia de un pago por ejecutar la sociedad un contrato para la entidad pública. En este sentido, únicamente, puede hablarse de «financiación pública» respecto de aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica (apartados 21 y ss de la sentencia mencionada más arriba²¹).

Otra de las cuestiones que puede suscitarse, a los que el informe mencionado da cumplida respuesta, es en relación a la información económica a tener en cuenta y si ésta debe circunscribirse a un periodo concreto pues, es cierto, que la financiación de una sociedad puede variar de un año a otro.

La Junta entiende, siguiendo la sentencia arriba mencionada, que hay que estar al presupuesto de la entidad a que se refiera y ello a pesar de que el presupuesto se limita a tener un contenido provisional y, de este modo, atender como periodo concreto, para saber si la sociedad se financia mayoritariamente o no por otro poder adjudicador, al año sobre el que aquél se aplica. Es decir, que se atiende a un criterio anual para delimitar si se es o no poder adjudicador. Dicha interpretación, entendemos no debe ser así, ya que introduce confusión y quiebra un principio fundamental, cual es de la seguridad jurídica. Es más imaginemos que no se aprueba el presupuesto o se trate de sociedades de creación durante el curso anual.

²⁰ El tema de la financiación mayoritaria también se analiza en la STJCE de 13 de diciembre de 2007 (Asunto C-337/06 Bayerischer Rundfunk).

²¹ El informe de la Junta de Andalucía identifica varios ejemplos al señalar que “Bajo este criterio la sentencia analiza varios supuestos...Así, considera que las becas o subvenciones concedidas para fomentar la labor investigadora, deben considerarse financiación por una entidad adjudicadora. En efecto, aun cuando el beneficiario de tal financiación no fuera la propia entidad sino una persona que forme parte de ella como prestador de servicios, se trataría de una financiación que beneficia al conjunto de la institución en el ámbito de sus actividades de investigación.

Con relación a las becas para estudiantes que las autoridades competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes pueden calificarse de «financiación pública». En efecto, el pago de tales cantidades constituye una medida social en beneficio de determinados estudiantes que no pueden asumir por sí solos los gastos académicos, a veces muy elevados. Al no existir ninguna contrapartida contractual vinculada a esos pagos, procede considerar que su financiación es obra de una entidad adjudicadora en el ámbito de sus actividades en materia de educación.

En cambio no pueden considerarse financiación pública las cantidades abonadas por una o varias entidades adjudicadoras que constituyen la contrapartida de prestaciones contractuales de la entidad de que se trate, tales como la realización de investigaciones determinadas o la organización de seminarios y conferencias.

Carece de importancia, a este respecto, que esas actividades de carácter mercantil se confundan, en su caso, con las actividades propias de la entidad. En efecto, la entidad adjudicadora tiene un interés económico en que se realice la prestación.

Concluye en este aspecto la sentencia declarando que las relaciones comerciales normales, que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático negociados libremente por las partes, no están incluidas en el concepto de «financiación pública».

Las Directivas comunitarias²² no se han preocupado de delimitar esta cuestión por lo que, a falta de un mejor criterio fundado, no debemos descartar las apreciaciones de la Junta y ello pese a que, puede ser un dato –el del presupuesto anual- distorsionador, ya que entendemos que no se puede ser un año poder adjudicador y otro no, con las importantes consecuencias que ello tiene para la contratación de la sociedad (ya que si no es poder adjudicador pero pertenece al sector público, su contratación se regirá por lo dispuesto en el art. 176 LCSP).

No obstante, entendemos que la falta de esta previsión no puede mermar las garantías de la contratación por lo que, con independencia del elemento que ahora analizamos, la solución, al menos en parte, puede salvarse con el expreso reconocimiento de que se dé esta circunstancia, ya sea en las propias instrucciones de contratación, aprobadas cuando se es poder adjudicador, o bien, identificando la falta de poder adjudicador con indicación de las instrucciones a que se refiere el art. 176 en las convocatorias de licitación del contrato a que se refieran las mismas.

En todo caso, si la sociedad puede desprenderse del carácter de poder adjudicador en base a un presupuesto anual no se garantiza cuál sea el régimen contractual aplicable en cada momento, a pesar de que la mencionada Junta prevé estos casos²³. Sin embargo, no resuelve el supuesto en que el envío de la publicación – cuando se hiciera mediante publicación en un periódico oficial- se haga un año (mientras se es poder adjudicador a 28 de diciembre) y se anuncia en dicho periódico cuando cambia su situación (por ejemplo a 8 de enero que, según sus previsiones presupuestarias para el año en curso, ya no es poder adjudicador), complicándose todavía más cuando nos encontramos ante un presupuesto prorrogado (estados de previsiones de gastos e ingresos para las sociedades mercantiles) que no tiene por qué reflejar la realidad del mismo, máxime en cuanto a las subvenciones que pudieran recibirse, que constituirán créditos a la baja en el presupuesto del poder adjudicador concedente²⁴.

Más dudas podría suscitar el criterio de la Junta en torno a que Fundaciones privadas financiadas mayoritariamente por poderes adjudicadores merezcan la consideración de poder adjudicador y, por tanto, sometidas a la LCSP, pues para aquélla se presuponen, como es lógico en este tipo de asociaciones de base patrimonial, el requisito de personalidad jurídica (una vez inscritas en el Registro correspondiente) y de ser creadas para atender a fines de interés general (datos éstos que se reflejan en los arts. 2, 3 y 4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones²⁵).

²² Sobre la evolución del derecho comunitario y su jurisprudencia resulta de interés el trabajo de J.A. MORENO MOLINA en "Reciente evolución del Derecho Comunitario en contratación pública" libro col. *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.

²³ En la sentencia también se plantea la cuestión de si han de tenerse en cuenta, y en su caso de qué manera, las modificaciones de las condiciones de financiación existentes en la fecha de comienzo del procedimiento de adjudicación del contrato que puedan producirse a lo largo del mencionado procedimiento.

Según declara el Tribunal de Justicia el principio de seguridad jurídica exige que una norma comunitaria sea clara y su aplicación previsible para todos aquellos que resulten afectados. Tanto de esta exigencia como de los imperativos relacionados con la protección de los intereses de los licitadores resulta que un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una «entidad adjudicadora», en el sentido de las Directivas, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas Directivas, en lo que atañe a tal contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate.

²⁴ LSA, art. 169.6 TRLHL y arts. 21, 111 y ss RD 500/90, de 20 de abril.

²⁵ Artículo 2. Concepto.

1. 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...

Artículo 3. Fines y beneficiarios.

1. 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

De esta forma un motivo de desacuerdo podría justificarse en el hecho de que cuando la LCSP alude a las Fundaciones, al hablar de los entes del sector público, se refiere a las públicas, esto es, según el art. 3.1 f) a “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”.

Por lo que no siendo ni sector público, parece lógico, a priori, descartar que las Fundaciones creadas privadamente ostenten la noción de poder adjudicador. Ahora bien, si atendemos a la redacción del art. 3.1, h), quizás, cambiemos de opinión. Así, este precepto señala que “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”.

Para David Blanquer²⁶ al hacer referencia al art. 3.3 b), entiende que en esta categoría deben incluirse tanto las personificaciones de Derecho Público como de Derecho privado, justificándolo en que, según la normativa comunitaria, se prescinde de un criterio formal y se centra en las funciones y actividades efectivamente desarrolladas por esas entidades, según tengan o no carácter industrial o mercantil, como veíamos al inicio de este estudio.

Sin embargo, una cosa es que el ente creado por una Administración Pública tenga naturaleza pública (como los Organismos Autónomos) o privada (como las Sociedades mercantiles), que es a lo que parece aludir la LCSP cuando dice que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y, otra muy distinta que un ente creado de forma privada²⁷ (por voluntad de una persona física, fundador), como son las Fundaciones privadas, pueda considerarse poder adjudicador por reunir los requisitos del art. 3.3 LCSP, entre ellos el de financiación mayoritariamente pública pues, tal interpretación aún extensiva, podría colisionar con la noción de poder adjudicador ofrecido por la Directiva 2004/18 CE en su art. 1.9²⁸.

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...

Artículo 4. Personalidad jurídica.

1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley...

²⁶ “La nueva ley de contratos del sector público”, Tirant Lo Blanch, 2007, págs. 40 y 41.

²⁷ Así se extrae de la STJCE de 16 de octubre de 2003 (C-283/2000). SIEPSA, al señalar que (apartado 69) “Con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37/CEE, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros [TJCE 1998, 3] , antes citada, apartados 20 y 21, y de 15 de mayo de 2003 [TJCE 2003, 138] , Comisión/España, C-214/2000, Rec. pg. I-0000, apartado 52)” o como se deduce del apartado 80 “Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf TruLey [TJCE 2003, 51] , antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003 [TJCE 2003, 152] , Korhonen y otros, C-18/2001, Rec. pg. I-0000, apartado 47)”.

²⁸ La Junta establece expresamente que “4.- La última consulta se refiere a si las fundaciones no clasificadas como fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía del artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la

Por otro lado decir que, por ser contratos privativos de las Administraciones Públicas y que solo pueden celebrarse por éstas, las sociedades mercantiles no podrán realizar contratos de concesión de obra pública²⁹, contratos de gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado³⁰.

En definitiva, para determinar el régimen contractual de una sociedad mercantil deberemos analizar la fase del procedimiento contractual en la que nos encontramos (preparación o adjudicación exclusivamente, puesto que efectos y extinción se rigen íntegramente por el derecho privado) habida cuenta de que ya sabemos que dichas sociedades pueden ser poderes adjudicadores y que, por lo tanto, pueden celebrar tanto contratos SARA como contratos no SARA.

Delimitados los requisitos necesarios para determinar cuándo una sociedad mercantil de carácter público reúne la condición de poder adjudicador, no es menos cierto que la profusa y variedad de estos entes existentes en la actualidad, determina un horizonte de lo más variopinto, pudiéndose observar que sociedades dedicadas, prácticamente, a un mismo objeto difieren en torno a si son o no poder adjudicador³¹,

Comunidad Autónoma de Andalucía, que financien su actividad mayoritariamente con subvenciones procedentes de la Administración Pública pueden clasificarse como poderes adjudicadores a los efectos de la LCSP.

La Ley 10/2005, de 31 de mayo, define en su artículo 1.2 a las fundaciones como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. El artículo 4 dota a las fundaciones de personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Andalucía.

Cumplíendose pues para las fundaciones los dos primeros requisitos a que se refiere el artículo 3.3 b) de la LCSP, para el caso de tratarse de fundaciones no pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, si en las misma concurrese además el de la financiación mayoritaria en los términos expuestos en los apartados anteriores, habrá de considerarse como poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública a los efectos de la LCSP, sujetándose para la adjudicación de los contratos a las previsiones que a tal efecto establece la LCSP.

En concreto le será de aplicación el Libro I de la LCSP, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, con las particularidades que se contienen para determinadas cuestiones, tales como, perfección de los contratos (artículo 27), invalidez y revisión de los actos (artículo 31), posibilidad de recurrir al arbitraje (artículo 39), circunstancias que prohíben contratar (artículo 49), exigencia de clasificación (artículo 54.5), medios de acreditar la solvencia (artículo 63.3), revisión de precios (artículo 77), o exigencia de garantía (artículo 92).

²⁹ Así como para los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos de colaboración público privada sí se menciona expresamente que sólo pueden ser celebrados por Administraciones Públicas (entendido, necesariamente, en el sentido restrictivo del concepto de acuerdo con el art. 3.2 LCSP y no en el amplio del art. 2 LRJPAC), tal como se deduce de los arts. 8 y 11 LCSP, no ocurre así con la concesión de obra pública (art. 7 LCSP). Por tanto, surge de inmediato la duda de si tales contratos pueden ser celebrados o no por entes del sector público que no sean Administración Pública. Si atendemos a la redacción anterior, el art. 220.1 TRLCAP señalaba que "1. Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o Entidad de Derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este Título...". Mientras que ahora el art. 7.1 LCSP se limita a decir que "La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio". Como vemos desaparece toda alusión a Administraciones y a los entes de derecho público. La razón más plausible es la negación de esta posibilidad –que puedan contratar entes distintos de Administración Públicas– fundamentada en las prerrogativas exorbitantes que la Ley confiere sólo a las Administraciones Públicas (en atención al art. 232.1 LCSP). El problema es que al quedar fuera del concepto de Administración Pública a las Entidades Públicas Empresariales, dichas entidades no pueden, según la nueva versión de la LCSP, celebrar este tipo de contratos. Así, lo ha destacado David Blanquer en su libro "la nueva ley de contratos del sector público", Tirant Lo Blanch, 2007, Valencia, págs. 99 a 101. No obstante, tal interpretación podría ser contraria a las Directivas Comunitarias.

³⁰ Si bien es cierto que la aparición del CPP no es consecuencia de la transposición de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sí que lo es de la voluntad del Gobierno español manifestada a través de la Resolución de 1 de abril de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, cuyo mandato nº 44 establece concretamente: "El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado...".

³¹ Así puede verse a IFEMA, que no se considera poder adjudicador y FECOEF, que sí reúne dicho concepto. La primera centra su actividad en la organización de certámenes comerciales relacionados con los diferentes sectores económicos, así como en la gestión de sus espacios e infraestructuras para la realización de toda clase de actividades: desde ferias organizadas por terceros, a convenciones, congresos y cualquier tipo de reunión o evento.

lo que abona la inseguridad en orden a cómo se determina la apreciación del concepto y que, por razones inexplicables, llevan a esa aparente distinción formal³².

Tal vez, la respuesta venga concretada por las particulares ventajas e inconvenientes de considerar a la sociedad como poder adjudicador.

No obstante, dado que por su repercusión resulta más interesante desgranar los entresijos de la preparación y adjudicación de las sociedades mercantiles que tienen la consideración de poder adjudicador, vamos, pues, a analizar cada una de las citadas fases tanto para los contratos SARA como para los no SARA.

III.- PREPARACIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODER ADJUDICADOR.

En los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por sociedades mercantiles o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP de cuantía igual o superior a 206.000 euros, así como en los contratos subvencionados, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 de la LCSP para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104 de la misma, relativos a las condiciones especiales de ejecución del contrato; la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales y la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, respectivamente.

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 del contrato. En este caso, acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en la Ley para la licitación y adjudicación del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 135.4 de la LCSP como período de espera antes de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional, que quedará reducido a diez días hábiles.

En los contratos distintos a los mencionados en el primer párrafo (contratos no SARA) de cuantía superior a 50.000 euros, la sociedad mercantil deberá elaborar un pliego que será parte integrante del contrato, 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

Su experiencia a lo largo de 30 años como organizador ferial le sitúa como primer operador de España, y uno de los más importantes de Europa. Su actividad se centra en la organización de certámenes comerciales relacionados con los diferentes sectores económicos, así como en la gestión de sus espacios e infraestructuras para la realización de toda clase de actividades: desde ferias organizadas por terceros, a convenciones, congresos y cualquier tipo de reunión o evento. Entre sus principales compromisos se sitúan generar riqueza y desarrollo para la Región y promocionar y proyectar la imagen de Madrid dentro y fuera de nuestras fronteras.

Mientras que FECOEF, según sus instrucciones de contratación, se dedica a "...la satisfacción de un interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, hecho que se desprende su objeto social, a saber: la promoción económica, social y cultural de las islas de Ibiza y Formentera mediante la organización, ejecución o contratación de ferias, congresos, concursos, exposiciones, manifestaciones y espectáculos culturales.

³² No obstante, la JCC de Canarias en su informe 5/2008, de 24 de septiembre, ha establecido, meríticamente, los elementos a tener en cuenta para poder considerar o no a una sociedad mercantil como poder adjudicador.

que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el art. 104 de la LCSP³³.

IV.- ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA CELEBRADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODER ADJUDICADOR.

La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada por sociedades mercantiles se regirá por las normas establecidas en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP relativo a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, en relación con la LCSP, no serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos. Tampoco serán de aplicación los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, el artículo 140 sobre formalización de los contratos, el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación ni el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

No 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, letra b) sobre reducción de plazos. En este caso, acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en la Ley para la licitación y adjudicación del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 135.4 como período de espera antes de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional, que quedará reducido a diez días hábiles.

Una cuestión muy interesante a tratar en este epígrafe es saber si es posible la aplicación del art. 37 LCSP, que regula el recurso especial, frente a los actos de preparación y adjudicación provisional de contratos SARA cuando éstos son

³³ Este artículo dedicado a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo establece que “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniere efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.

celebrados por sociedades mercantiles que tienen la consideración de poder adjudicador.

La respuesta, ya avanzamos, es positiva. Así, en efecto, si atendemos al art. 21 LCSP establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será competente para conocer de la preparación y adjudicación de los contratos SARA que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública, por lo que si dicho orden es el competente parece que, a priori, deba exigirse la interposición del recurso especial como se desprende del art. 37.4 en relación con esta clase de contratos.

A esta conclusión ha llegado, también, la Junta consultiva de Aragón en informe núm. 18/2008, de 21 de julio. Así, para dicha Junta, cuyos fundamentos difieren en un matiz de los expuestos, señala, al tratar en el punto IV de los Recursos contra los actos de adjudicación de los contratos privados celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública, sujetos a regulación armonizada, que “el recurso administrativo especial del artículo 37 está regulado dentro del título de la Ley relativo a disposiciones generales de los contratos del sector público. Por lo tanto, parece que con independencia de la naturaleza administrativa o privada de los contratos, cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada de conformidad con el artículo 13, aunque sean privados, procede el citado recurso contra los actos de adjudicación provisional.

Nos referimos a los contratos llevados a cabo por cualesquiera entes del sector público que no tengan la consideración de Administración pública, pero sí la de poder adjudicador. A estos contratos, privados de conformidad con el artículo 20 LCSP, se les aplican las reglas de adjudicación del Capítulo I, título I del Libro III, según previene el artículo 174. Dentro de estas normas se incluyen las relativas a la estructura del procedimiento en adjudicación provisional y definitiva, pero no está contenida en este título la regulación del recurso especial del artículo 37 LCSP.

No obstante la ubicación del artículo 37 en las disposiciones generales nos debe de llevar a la conclusión de su aplicación en el supuesto de contratos privados sujetos a regulación armonizada. A esta conclusión nos conduce también la regulación en el artículo 21 de la jurisdicción competente para el conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados de poderes adjudicadores que estén sujetos a regulación armonizada, que resulta ser la contencioso administrativa”.

VI.- ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA CELEBRADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODER ADJUDICADOR.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada por la sociedad mercantil la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación³⁴.

³⁴El TRLCAP en su DA 6ª sólo sujetaba la contratación a dos principios. Así, la misma disponía que “Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, 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 mismas,

Las sociedades mercantiles aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de la misma, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en el párrafo anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. 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 sociedad mercantil.

En tanto en cuanto no se aprueben estas instrucciones internas, la sociedad mercantil se regirá, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas para los contratos sujetos a regulación armonizada³⁵.

Se entenderán 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 euros³⁶ en el perfil del contratante de la sociedad mercantil, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

La impugnación de los no SARA, al ser contratos privados sin la particularidad antes indicada para los SARA, necesariamente, será conocida por la jurisdicción ordinaria, no pudiendo interponer recurso administrativo alguno, por aplicación del art. 21 LCSP.

Sin embargo, como muy bien ha observado la JCC de Aragón en la Circular 1/2008, de 3 de marzo, y se aprecia en las distintas instrucciones que ya se van aprobando por los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles públicas, es la gran variedad y dispersión de requisitos, plazos, procedimientos, etc... para contratar con cada una de ellas, lo que conlleva, inexorablemente, a una pérdida de seguridad jurídica y exige un mayor esfuerzo por parte de los licitadores, lo que, paradójicamente, va en contra de la eficiencia y eficacia de los recursos no ya públicos sino también privados. En definitiva, como advierte la citada Junta, al

se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

³⁵ Véase Disposición Transitoria sexta. Régimen transitorio de los procedimientos de adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada celebrados por entidades que no tienen el carácter de Administración Pública, según la cual:

1. A partir de la entrada en vigor de la Ley, y en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 175.b), 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.

2. Estas normas deberán igualmente aplicarse por las restantes entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas para la adjudicación de contratos, en tanto no aprueben las instrucciones previstas en el artículo 176.3.

³⁶ No debe perderse de vista aquí el art. 161.2 en relación con el 126.1 y 4 in fine, ambos de la LCSP, de los cuales se deducen otros supuestos. Así, resulta del art. 161.2. que “Igualmente, en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por procedimiento negociado por ser su cuantía inferior a la indicada en los artículos 155, letra d), 156, letra b), 157, letra f), 158, letra e) y 159, deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 126 cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos”.

Mientras que el art. 126.1 y 4 indica que: “1. Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 161, deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales...”

4. Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación. En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 161.2, esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el «Boletín Oficial del Estado» o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales”.

Como ha destacado acertadamente la JCC de Canarias en su informe 4/2008, de 31 de julio, una cosa es que en estos contratos de cuantía inferior a 50.000 € sólo precisen publicarse en el perfil del contratante y otra muy distinta que, en estos casos, se suprima la concurrencia, pues dicho principio debe quedar siempre garantizado. Además, debe recordarse que el contrato será adjudicado al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa.

hablar de las consecuencias de los manuales de instrucción en las entidades que no son Administración Pública señala que “Una conclusión derivada del sistema gradual de sujeción a las previsiones de la Ley es que con esta “deslegalización procedimental” mediante manuales de instrucción ad hoc es que pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos y producir inseguridad jurídica que pueden conducir a una fragmentación del mercado.

Ante esta situación, de indudable calado administrativo y económico, esta Junta considera adecuado trasladar al Gobierno la reflexión de que se estudie la conveniencia de que se pudieran adoptar medidas normativas que corrigieran este eventual necesario, debiendo reconsiderarse las condiciones de contratación por debajo del umbral de todo este conjunto de entes a fin de poder garantizar eficacia, concurrencia y eficiencia de fondos públicos”.

VI.- CONCLUSIONES.

Con la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público muchos de los que trabajamos diariamente en la materia creímos haber encontrado en ella la tabla de salvación ante las innumerables sentencias condenatorias del TJCE al Reino de España por la mala transposición de las tres Directivas clásicas en materia de contratos³⁷ y, concretamente, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las mismas. La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, no hizo más que recoger la jurisprudencia comunitaria en relación a dicha cuestión, plasmando en su art. 1.9 la interpretación funcional del concepto de “poder adjudicador”.

No obstante lo dicho, la LCSP no ha sabido recoger el espíritu comunitario en torno al concepto de poder adjudicador, sobre todo en lo que hace referencia a aquéllos entes que, no gozando de naturaleza territorial, pueden escapar, o mejor dicho huir, del ámbito de aplicación de la misma. Si bien es cierto que en un principio nos pareció que la LCSP hizo esfuerzos considerables por recuperar parcelas del Derecho Administrativo perdidas con los años, nos encontramos con que dicha norma no ha incorporado al Derecho interno un concepto fundamental definido por la jurisprudencia comunitaria pero presente en el ordenamiento jurídico español desde 1885³⁸. Nos referimos al concepto de influencia dominante, según el cual existe una dependencia de un determinado organismo respecto de un sujeto del sector público, entendiéndose que ésta existe cuando el sujeto del sector público tiene sobre el organismo en cuestión un control equivalente al que ejerce sobre sus propios órganos, y que opera a tres niveles diferentes: financiación, control y dirección del organismo de que se trate.

Así pues, nos planteábamos en estas líneas, analizar el encaje de las sociedades mercantiles en la LCSP. En primer lugar, y sin que quepa lugar a dudas, éstas solo pueden celebrar contratos privados por no tener la consideración de Administraciones Públicas. En segundo lugar, bastante más problemático que lo anterior, ha sido darse cuenta de que la LCSP sólo las considera sector público si la participación pública en su capital social supera el 50%, lo que en absoluto tiene nada que ver con el criterio

³⁷ Que son: la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra.

³⁸ Nos estamos refiriendo, cómo no, al art. 42 del Código de Comercio de 1885.

de influencia dominante antes apuntado y defendido por, entre otras, la famosa STJCE de 15 de mayo de 2003.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, nos planteamos la interpretación que se está dando, tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 3 de octubre de 2000) como por la doctrina española más especializada (Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Cataluña, Informe 2/2009, de 28 de mayo, y de Andalucía, Informe 18/2008, de 27 de noviembre) en relación con los criterios acumulativos que debe reunir el concepto de poder adjudicador establecido por la "cláusula residual" del art. 3.1, letra h) de la LCSP. No existe, para nosotros, en principio, mayor dificultad en relación con los dos primeros criterios a cumplir, esto es, la personalidad jurídica propia y la satisfacción de un interés general, careciendo de carácter industrial o mercantil. Encontramos, no obstante, dificultades para entender cómo se determina la "periodicidad" del primero de los requisitos de la influencia dominante, es decir, la financiación mayoritariamente pública.

Tanto la jurisprudencia, como las JCCA, coinciden en afirmar que es el periodo anual el plazo fijado para establecer que un ente se financie en su mayoría con fondos públicos, obviando, no obstante y como dijimos en el texto, la posibilidad de que los estados de previsión de ingresos y gastos puedan prorrogarse (o el presupuesto del ente que los financia) a ejercicios futuros o que las propias sociedades se constituyan durante el ejercicio presupuestario, no precisamente coincidente con el año natural.

En resumidas cuentas, parece obvio que la LCSP sólo ha sido respetuosa con una parte de la jurisprudencia comunitaria al fijar, como elemento determinante para que las sociedades sean consideradas sector público, el criterio de participación pública mayoritaria en más de un 50%, despreciando, por otro lado, el concepto de influencia dominante antes expuesto.

En otro orden de cosas, existen, además de las sociedades mercantiles, un conglomerado de entes, de naturaleza y forma variada, cuya sujeción a la LCSP también puede resultar problemática. Así, por ejemplo, las Fundaciones privadas financiadas con fondos públicos (Informe de la JCCA de Andalucía 18/2008), las mutualidades de previsión social o las órdenes religiosas (Informe de la JCCA de Cataluña 2/2009). Hemos repasado la doctrina reciente en relación con esta cuestión, de la que se extrae que el cumplimiento por estos entes de los requisitos previstos en el art. 3.1, letra h) de la LCSP, determinará su sujeción a la misma en calidad de poderes adjudicadores. No obstante, si por el contrario se desprende que dichos organismos no cumplen acumulativamente con los requisitos de citado artículo, no podrán escapar de la aplicación del art. 17 de la misma Ley, relativo a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, si realizan contratos de obras de importe igual o superior a 5.150.000 € o servicios de importe igual o superior a 206.000 €, siempre que estén subvencionados en más de un 50% y de forma directa por un poder adjudicador, sin perjuicio de que no concurriendo tales circunstancias y, tratándose de subvenciones, se sujeten a la Ley General de Subvenciones³⁹.

³⁹ Como señala la misma (art. 31.3), cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención. En estos casos, la elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.