

Robert Cortell Giner

Letrado jefe

Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana

La nueva delimitación del ámbito subjetivo y objetivo del sector público en materia de contratos en la Ley 30/2007.

Los sectores especiales

Uno de los temas más importantes que introduce la nueva Ley de Contratos del Sector Público es la delimitación de sus ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación. Conceptos tales como los de Administración pública, poder adjudicador, contratos sujetos a regulación armonizada, han de ser interpretados de manera ajustada a la finalidad de la Ley con el objeto de evitar la aparición de vías de escape que desvirtúen su razón de ser. Por otra parte, resulta muy relevante la regulación que se efectúa de los medios propios, pues hasta la fecha se carecía de una normativa que abordara de manera sistemática esta figura jurídica que ha venido perfilando la jurisprudencia comunitaria. En este trabajo se presta especial atención al concepto de poder adjudicador y al estudio de dicha jurisprudencia, pues la experiencia demuestra las grandes dificultades prácticas que plantea la expresión legal “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, para mayor claridad, se vincula la exposición del mismo a los tres escalones que, por su regulación diferenciada, existen a nivel subjetivo (administraciones públicas, poderes adjudicadores y resto del sector público).

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, así como la Directiva 2004/17/CE, de la misma fecha, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales, responden al propósito de desarrollar una competencia objetiva en la contratación pública, mediante la realización de las tres libertades esenciales en la integración europea (la de circulación de mercancías, la de establecimiento y la de prestación de servicios).

Siguiendo a Antonio Tizzano, en su estudio sobre la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación, publicado por el Consejo General del Poder

Judicial, en Estudios de Derecho Judicial n° 113/2007, cabe distinguir entre un objetivo inmediato de las directivas y otro de mayor alcance:

a) El objetivo inmediato es conseguir la coordinación de los procedimientos de adjudicación en los distintos Estados miembros.

Así, pues, las directivas comunitarias sólo se fijan en los procedimientos de adjudicación, y por razones prácticas lo hacen a partir de un determinado umbral. Sin embargo, esto no ocurre a nivel de Derecho interno, pues tanto la legislación administrativa española anterior como la actual se preocupan también de regular la fase preparatoria de los contratos y, en el caso específico de los contratos administrativos, se exige la aplicación de los procedimientos de adjudicación aun por debajo del umbral señalado en las directivas. Además, se contiene también una regulación de los efectos y extinción contractuales, que va acompañada del reconocimiento de una serie de prerrogativas tales como la de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 194 LCSP).

Cabe destacar, por tanto, que a nivel comunitario priman las garantías formales a favor de los particulares, mientras que a nivel interno, cuando se trata de contratos administrativos, se da un cierto equilibrio entre las prerrogativas de las administraciones públicas y las obligaciones formales a que está sujeta.

Tener en cuenta esta diferencia es importante para apreciar el distinto celo con que el Derecho comunitario y el Derecho interno vigilan el cumplimiento de sus mandatos. A nivel comunitario se ha hecho un esfuerzo notable, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, por evitar el fraude legal. Así, cuando la jurisprudencia comunitaria precisa el concepto de poder adjudicador o da pautas para aplicar correctamente la doctrina de los medios propios, lo hace de manera muy restrictiva y dejando siempre a salvo la aplicación de las directivas. Sin embargo, a nivel interno no se actúa con el mismo

rigor y, como después veremos, la propia Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) permite que la doctrina de los medios propios sea una vía válida para eludir la aplicación de normas preceptivas en materia de preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos. Además, se desaprovecha la ocasión para definir de un modo más detallado el concepto de poder adjudicador, en un momento en que la jurisprudencia comunitaria es muy rica a este respecto. Por estas razones se puede tildar de ambigua e incoherente la redacción que hace la LCSP de su ámbito de aplicación.

b) Por lo que se refiere al objetivo último de las directivas, cabe enunciar dos aspectos complementarios:

- 1) Excluir el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos públicos.
- 2) Excluir que el órgano competente para la adjudicación se guíe por consideraciones distintas de las de carácter económico.

Para conseguir estas finalidades, las directivas incluyen en su ámbito de aplicación todas aquellas entidades, organismos y empresas en los que exista el riesgo de que adjudiquen los contratos a licitadores que no han presentado la oferta económicamente más ventajosa. Por lo general, la sospecha recae sobre entidades del sector público, ya que en el sector privado resulta bastante impensable que una empresa adjudique sus contratos de manera deliberadamente antieconómica. Sin embargo, en el caso de los sectores especiales, también se declara aplicable la Directiva a las empresas privadas que tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro. La razón de ser de esta última inclusión es la desconfianza del legislador comunitario a que dichas empresas puedan dejarse influir por las autoridades que les han otorgado tales derechos.

2. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LCSP

Es conocida la práctica cada vez más extendida de recurrir a personificaciones de Derecho privado con

el objeto de eludir las normas de contratación y otras que resultan de aplicación preceptiva a las administraciones públicas, como las presupuestarias, de endeudamiento y otras reguladoras de controles sobre su actividad.

En palabras de García de Enterría, a propósito de unos comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 16 de octubre de 2003, en el asunto de la Comisión contra España, “se trata de la obstinada posición de nuestro legislador y de nuestra Administración de legitimar a toda costa una elemental (en realidad, cínica) técnica de huida del Derecho administrativo, la que pretende conseguirse con el simplicísimo expediente de que la Administración dote a una organización pública genuina del carácter puramente formal de sociedad mercantil (hoy también de fundación), veste con la cual los administradores estarían legitimados para obrar con una libertad absoluta, exactamente igual que un particular, autoeximidos así de las cargas consiguientes (y que la propia Constitución impone sin equívocos) al ejercicio de los poderes públicos”.

Para evitar estos abusos, en principio, debería ser suficiente con aplicar la doctrina del fraude de ley, pero –como el propio García de Enterría señala en otro de sus comentarios a la jurisprudencia comunitaria– dicha vía fracasa porque “los responsables del sistema, quienes hacen las leyes, y a veces también quienes las aplican, tienden a considerar a los críticos de la situación existente, en ése y otros campos, como teóricos sin sentido práctico alguno, que pretenderían únicamente lucir una convencional ciencia abstracta, a la que no conviene reconocer demasiada importancia”.

Como consecuencia de lo anterior, no sólo deja de aplicarse la doctrina del fraude de ley para poner coto a una práctica tan irregular, sino que los tímidos esfuerzos legales por reconducir la situación quedan en letra muerta, sepultados bajo el peso de actuaciones, dictámenes e informes interesados en que se queden las cosas como están.

La LCSP, al definir su ámbito de aplicación subjetivo, parte de unos supuestos teóricos bastante acertados, y distingue entre administraciones públicas, poderes adjudicadores y resto de entes que forman parte del sector público. Sin embargo, a la hora de fijar los distintos conceptos se manifiesta pusilánime y no afronta de una manera abierta el reto de acabar con la práctica apuntada. Así, después de definir a la Administración pública con la debida precisión, excluye del concepto a las entidades públicas empresariales, en todo caso. Del mismo modo, conviven en ella una definición del poder adjudicador que es una trascripción de las directivas, con la inexistencia de una mayor concreción que ayude a interpretar el texto comunitario, que por su ambigüedad ha sido objeto de numerosas sentencias clarificadoras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2.1. Consideraciones generales

El ámbito subjetivo de la LCSP es, como la propia denominación legal señala, el sector público, que viene definido en el artículo 3º.

Dentro del sector público, hay que tener en cuenta dos clasificaciones fundamentales:

a) La primera es la que distingue entre aquellos entes, organismos y entidades que se consideran administraciones públicas y los que no merecen dicha consideración. A las administraciones públicas se les aplica el régimen específico de los contratos administrativos, que es más completo e intenso que el correspondiente al resto de contratos del sector público, pues su regulación se extiende tanto a la preparación y adjudicación de contratos que por razones objetivas o cuantitativas no están sujetos a regulación armonizada, como a los efectos y extinción, y comporta el reconocimiento de las prerrogativas de la Administración. Además, en general, los contratos celebrados por las administraciones públicas, sean administrativos o privados, tienen una regulación más exigente en cuanto a revisión de precios, garantías, preparación, adjudicación y racionalización.



b) La segunda clasificación es la que diferencia entre aquellos entes, organismos y entidades que se consideran poderes adjudicadores y los que no lo son. Esta clasificación es relevante a efectos comunitarios, pues los poderes adjudicadores deben cumplir con las directivas europeas en materia de contratación pública.

De las dos clasificaciones anteriores se desprende la existencia de tres niveles de regulación, desde el punto de vista subjetivo: 1) El régimen propio de las administraciones públicas, que es el más completo y exigente. 2) El régimen aplicable a los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas, cuya razón de ser fundamental es cumplir con las exigencias del Derecho comunitario en materia de adjudicación contractual. No obstante, la LCSP se preocupa también de regular su preparación. 3) Las normas y principios que resultan de aplicación a los entes, organismos o entidades del sector público que no merecen la consideración de administraciones públicas ni de poderes adjudicadores. Estas normas y principios afectan básicamente a la fase de adjudicación.

Aunque existe el triple nivel de regulación señalado, cabe destacar que la LCSP establece unas reglas generales que son de aplicación a todos los contratos del sector público, y en concreto las relativas a la justificación de la idoneidad del contrato; criterios generales para determinar su duración; las

reglas sobre el contenido mínimo y forma escrita; la obligación de información al Tribunal de Cuentas; el perfil del contratante, las reglas relativas a capacidad y prohibiciones de contratar; criterios de solvencia y formas de acreditarla, sin que resulte de aplicación la clasificación, y, finalmente, las reglas para calcular el valor estimado de los contratos.

2.2. El concepto legal de Administración pública

Merecen la consideración legal de Administración pública:

a) La Administración General Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales.

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

c) Los organismos autónomos.

d) Las universidades públicas.

e) 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.

f) 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) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo indi-

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

Silvia del Saz (“La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública* n° 174/2007) entiende que la cláusula de cierre, que utiliza la LCSP para encajar aquellas entidades que no responden a los modelos citados expresamente, es bastante más restrictiva que la cláusula residual que sirve para definir a los poderes adjudicadores. Mi opinión personal es distinta, pues aprecio que ambas cláusulas pueden llevar en la práctica a resultados muy parecidos, en cuanto a las características objetivas de la actividad que pretenden definir, como si la primera intentara resolver mediante un lenguaje mucho más concreto los problemas que puede conllevar la interpretación de la segunda, cuya redacción es más genérica y abierta.

En cuanto a las entidades públicas empresariales, debe notarse que —a diferencia de lo que ocurría con arreglo a la legislación anterior, que se equiparaban en algunos casos a las administraciones públicas y cuando no se daba dicha equiparación merecían como mínimo la consideración de poder adjudicador— en la LCSP no merecen en ningún caso la consideración de administraciones públicas.

Esta solución es criticable, pues si las referidas entidades pueden reunir los requisitos legalmente previstos para merecer la consideración de administraciones públicas, lo coherente es mantenerse fiel a la definición previamente elegida.

2.3. El resto de entes, organismos y entidades que forman el sector público

Además de las administraciones públicas, integran el sector público:

a) Las entidades públicas empresariales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales.

b) Las agencias estatales.

c) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas al sector público o dependientes del mismo, que no merezcan la consideración de administraciones públicas.

d) Los consorcios a los que se refieren la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 6.5) y la legislación régimen local.

e) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades del 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.

f) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen en más de un 50 por 100, directa o indirectamente, las administraciones públicas y las demás entidades citadas en las letras anteriores. Cabe destacar, por tanto, que no todas las entidades del sector público determinan con su participación mayoritaria en el capital social de una sociedad mercantil su pertenencia al sector público, pues se excluyen en principio las que se relacionan a continuación.

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 más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.

A propósito de la matización efectuada anteriormente en relación con las sociedades mercantiles, debe precisarse ahora que aquellas sociedades en las que participen mayoritariamente los entes, organismos y entidades a que se refieren las dos últimas letras no formarán parte, en principio, del sector público, dado que no cumplirán con el requisito

relativo al tipo de entidad que debe ostentar la participación mayoritaria en las mismas. Sin embargo, dado que la letra h) admite con carácter general la pertenencia al sector público de todas las entidades que estén sujetas a la finalidad expresada en la misma y a la influencia dominante de uno o varios sujetos pertenecientes al sector público, habrá que concluir que las sociedades mercantiles que reúnan estos requisitos también se integrarán en el sector público, en todo caso.

2.4. Los poderes adjudicadores

Son poderes adjudicadores, por sí mismos o asociados entre ellos, las administraciones públicas y todos los demás 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 poderes adjudicadores 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.

2.5. Problemática especial de los agentes públicos urbanizadores

La legislación urbanística valenciana diferencia entre la selección del agente público urbanizador y la adjudicación por éste de las obras de urbanización. Así, al regular la primera relación jurídica, se aproxima al modelo del contrato administrativo especial y declara aplicable supletoriamente la legislación contractual pública. Sin embargo, la regulación de la relación enunciada en segundo lugar se ajusta al esquema del contrato público de obra. Esta distinción es artificiosa, pues para mantener su particular concepción del agente público urbanizador, dicha legislación parte del supuesto de considerar que son cosas diferentes el contrato que el Ayuntamiento realiza con el urbanizador y la contratación que éste efectúa con el constructor para que ejecute la urbanización. Sin embargo, parece indudable que al adjudicar el Programa de Actuación Integrada también se incluye la contratación de las obras de urbanización como objeto

principal. Por tanto, lo que vendrá después no será más que una subcontratación llevada a cabo por el agente urbanizador.

Entiendo, por tanto, que lo más ajustado a la LCSP y a las directivas comunitarias es considerar al agente público urbanizador como contratista de obra pública, y exigir la plena aplicación de la LCSP por tratarse de un contrato administrativo de obras.

A este respecto, cabe señalar que la más reciente jurisprudencia comunitaria (sentencia de 18 de enero de 2007), en los casos en que los municipios tienen posibilidad de elección, tiende a declarar de necesaria aplicación los procedimientos transparentes para la adjudicación de contratos principales, que no puede suplirse con la aplicación de este tipo de procedimientos en la adjudicación de subcontratos.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA CREACIÓN DE UN ENTE, ORGANISMO O ENTIDAD CON LA FINALIDAD DE SATISFACER ESPECÍFICAMENTE NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL QUE NO TENGAN CARÁCTER INDUSTRIAL O MERCANTIL

3.1. Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

En el Derecho comunitario, los requisitos que se utilizan para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sobre contratación pública a los organismos de Derecho público son, además de la personalidad jurídica, la existencia de una participación mayoritaria o posición dominante de un ente público y la finalidad para la que hayan sido creados, es decir, la clase de necesidades que están llamados a satisfacer. De este modo, el ordenamiento jurídico comunitario pretende establecer un concepto propio, que sea de aplicación a todos los países comunitarios, con independencia del modelo de Administración pública que en aquellos exista.

El concepto de organismo de Derecho público, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la Directiva, debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia, sin que el estatuto de Derecho priva-

do de la entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora.

De acuerdo con lo anterior, el criterio de la finalidad para la que ha sido creada la entidad de que se trate resulta decisivo para determinar si nos encontramos o no ante un poder adjudicador a efectos del Derecho comunitario.

Se trata, pues, de un requisito tomado del Derecho comunitario, que se utiliza por la LCSP como cláusula residual tanto para delimitar el sector público como para perfilar el concepto de poder adjudicador. La diferencia entre uno y otro supuesto es que, en el primer caso, se trata de entes, organismos o entidades situados bajo la influencia dominante de uno o varios sujetos del sector público, mientras que en el segundo caso se exige que tal influencia provenga de un poder adjudicador.

Cabe criticar que el legislador español no se haya preocupado, a la vista de la importante jurisprudencia comunitaria existente sobre la materia, de precisar más el sentido y alcance de la fórmula comentada, para aclarar las múltiples dudas que suscita su tenor literal.

La Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha venido defendiendo durante estos últimos años una interpretación funcional de los poderes adjudicadores, con el objeto de salvaguardar que el sector público valenciano se atenga en sus adjudicaciones a la oferta económicamente más ventajosa, con independencia de la forma de personificación elegida. Sin embargo, la experiencia nos dice que nuestro esfuerzo es insuficiente si el gestor se encuentra con una redacción que, por su ambigüedad, invita a soluciones imaginativas para eludir el rigor legal.

Haciendo una interpretación conjunta de la jurisprudencia comunitaria, entiendo que se pueden hacer las siguientes consideraciones, en relación con el problema interpretativo que nos ocupa:

a) En relación con el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o

mercantil, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado lo siguiente:

1) Dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por tanto, ha de recibir en toda la Unión Europea una interpretación autónoma y uniforme. 2) Dichas necesidades son aquéllas que, por una parte, no se satisfacen mediante 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 quiera conservar una influencia dominante. 3) La existencia o ausencia de necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo y las condiciones en que ejerza su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil (sentencias Comisión/España, de 15 de mayo de 2003, y Siepsa, de fecha 16 de octubre de 2003, entre otras).

b) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que la aplicación de las directivas sobre contratos públicos se impone para evitar la posibilidad de que un organismo de Derecho público, en el procedimiento de adjudicación, se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Por el contrario, no serán aplicables dichas directivas cuando la actividad esté dominada por criterios económicos, lo que implica la asunción de un riesgo empresarial por parte del propio ente. Esto queda de manifiesto en el caso Ente Autónomo Feria de Milán, en el que el Tribunal concluyó que

el ente en cuestión no constituía un organismo de Derecho público en base a que operaba “conforme a criterios de rendimiento, de eficacia y de rentabilidad” y “no se había previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas económicas”, por lo que “debía soportar directamente el riesgo económico de la propia actividad” (sentencia de 10 de mayo de 2001).

c) Por otra parte, para ser poder adjudicador, es indiferente cuál sea la actividad principal de las entidades, pues basta que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, aunque este tipo de funciones constituyan una parte mínima de su actividad (sentencia de fecha 15 de enero de 1998, relativa a la Imprenta del Estado austriaco).

3.2. Conclusiones

En nuestra opinión, a partir de la jurisprudencia comunitaria, se puede llegar a las conclusiones siguientes:

a) En primer lugar, se dará la satisfacción de necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que dichas necesidades no sean satisfechas de distinto modo por la oferta de bienes o servicios en el mercado. En este apartado se pueden incluir todas aquellas actividades que suponen el ejercicio de una función pública, es decir, una manifestación de una potestad administrativa. Un ejemplo de función pública viene recogido en la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 13 de octubre de 1997 (Aranzadi 7439), cuando declara que la inspección técnica de vehículos “participa de la naturaleza de función pública y corresponde ejercerla al Estado –en sentido amplio– por razón de su soberanía. No se trata de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una función pública soberana”. Más en general, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de enero de 1998, en el caso de la Imprenta del Estado austriaco, declaró que la impresión de

documentos estrechamente vinculados al orden público y al funcionamiento institucional del Estado, que exigen una garantía de abastecimiento y unas condiciones de producción que aseguren el cumplimiento de las normas de confidencialidad y de seguridad, es una actividad de interés general que no persigue fines de carácter empresarial o comercial.

b) En otros casos, aunque nos encontremos ante una actividad propiamente mercantil o industrial, esto es, que consista en la producción de bienes o servicios, ello no impide que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera fundamental a estos efectos tener en cuenta cómo se llevan a cabo dichas actividades (sentencia de fecha 10 de noviembre de 1998, en el caso BFI Holding BV) . Así, se pueden hacer las precisiones siguientes:

1) Que dichas actividades se desarrollen en condiciones tales que el organismo de Derecho público no tenga que actuar con ánimo de lucro, ni soportar las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. Si se da esta situación, es claro que el organismo en cuestión podrá actuar con arreglo a criterios distintos a los estrictamente económicos. Así, tal y como el Tribunal observó en la sentencia Taitotalo Oy, de fecha 22 de mayo de 2003, un sujeto que actúa según la lógica de mercado y que debe soportar las pérdidas económicas que se produzcan, cabe suponer que no concluiría acuerdos comerciales “en condiciones que no se encuentren económicamente justificadas”.

2) Que la entidad goce de determinados privilegios o ventajas de carácter jurídico, económico o patrimonial, en virtud de su dependencia de un organismo de Derecho público, y que éstos influyan de manera significativa en la actividad de la sociedad. En estos casos, dada la situación de privilegio en que se sitúan estos organismos, que es

impropia de un mercado normal, también podrá darse el caso de que los organismos implicados actúen con criterios distintos a los estrictamente económicos, pues aún en el caso de que hubiera ánimo de lucro, cabe pensar que las facilidades de que disponen les permitan renunciar a ciertos beneficios en un momento dado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que “la existencia de una competencia articulada y, en especial, que el organismo en cuestión actúe en condiciones de competencia en el mercado, puede constituir una prueba a favor del hecho de que no se trate de una necesidad de interés general de carácter no mercantil o comercial” (sentencia BFI Holding, de 10 de noviembre de 1998). Por el contrario, el Tribunal considera que merecen la consideración de poderes adjudicadores, aquellas entidades cuya actividad sea de tal relevancia pública que la Administración está dispuesta a asumir los costes de algunas de sus prestaciones o interviene sobre las contraprestaciones que pueden recibir por su actividad, o cuando realizan una actividad mercantil o industrial sobre la que el Estado ha decidido mantener una influencia dominante (sentencias de 22 de mayo de 2003, 27 de febrero de 2003 y 10 de noviembre de 1998).

En consecuencia, para determinar cuándo nos hallamos ante la existencia de organismos de Derecho público que satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, habrá que plantearse en cada caso si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, para concluir sólo en el caso de que la respuesta a estas tres cuestiones sea afirmativa que no nos encontramos ante un poder adjudicador.

4. LOS ENCARGOS A ENTIDADES QUE TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE MEDIOS PROPIOS

4.1. Delimitación conceptual

Para delimitar mejor el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP resulta indispensable hacer



una referencia a estos encargos, que viene regulados en los artículos 4º.1, n) y 24.6.

El artículo 4º.1, n) señala, como uno de los supuestos de negocios y contratos excluidos del ámbito legal, “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”.

Cabe realizar las siguientes observaciones sobre este punto:

a) Por primera vez se regula legalmente de una manera completa el régimen de los encargos que puede realizar un poder adjudicador a un ente, organismo o entidad del sector público que merezca la consideración de medio propio y servicio técnico de aquél. La consideración de medio propio y servicio técnico requiere la concurrencia de las siguientes condiciones: 1) Si se trata de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública. 2) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador, y que éste ostente sobre aquél un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, es decir, que pueda conferirle encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por la entidad pública encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por esta última. 3) La condición de medio propio y servicio técnico se deberá reconocer expresamente por la norma de creación o por sus estatutos, que deberán precisar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

b) Se han de respetar los umbrales comunitarios en los contratos realizados por el medio propio y servicio técnico. A este respecto cabe señalar que la doctrina de los medios propios, tal como ha sido configurada por la jurisprudencia comunitaria, permite evitar el fraude de ley en la aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Sin embargo, a nivel interno, se consagra una especie de “fraude de ley legal”, ya que no se impone la aplicación de las normas reguladoras de los efectos y la extinción contractuales a aquellos contratos, ni se exige la aplicación de las normas en materia de

preparación y adjudicación por debajo de los umbrales comunitarios. Es muy criticable esta incoherencia del legislador español, pues como bien dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 15 de enero de 1998, un contrato que reúna los requisitos legales “no puede perder su carácter de contrato público de obras cuando los derechos y las obligaciones del poder adjudicador se transfieran a una empresa que no tenga esa condición”. Y añade que el objetivo de la Directiva europea “se vería seriamente comprometido si pudiera excluirse la aplicación del régimen de la Directiva sólo porque los derechos y obligaciones que incumben al poder adjudicador en el marco de una licitación se transfieran a una empresa” que no merezca tal consideración. Esta argumentación es tan de sentido común que parece incontestable, por lo que resulta inadmisibles que sólo se considere válida a efectos de cumplir con el Derecho comunitario, y se le niegue su razón cuando se trata de exigencias que sólo vienen impuestas por el derecho interno.

c) Sólo en estos casos cabe el encargo. En el resto de casos, debe aplicarse LCSP, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Dada la exigencia legal de que la retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan los medios propios, con la entrada en vigor de la LCSP puede darse la situación de que muchas entidades y empresas que han sido creadas para llevar a cabo encargos de las administraciones públicas no puedan seguir desempeñando esta actividad.

d) Para apreciar cuándo nos encontramos ante uno de estos encargos, hemos de tener en cuenta que se trata de mandatos para que por cuenta del poder adjudicador se realice una actividad. Muchas veces aparecen encubiertos. Para inferir su existencia, cabe comprobar si se dan estas dos condiciones: 1) La existencia de financiación directa o indirecta, por parte del poder adjudicador. 2) El poder adjudicador, una vez ejecutado el encargo, se comporta

como propietario real del resultado del mismo, aunque no lo sea formalmente. Igual que ocurre con las titularidades fiduciarias, se produce aquí una disociación entre la titularidad formal o aparente y la titularidad real o encubierta.

4.2. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de septiembre de 1999

El Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 24 de septiembre de 1999, declaró que lo decisivo para calificar una conducta como acto administrativo “no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un ente público. Y esto último sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública”. Como consecuencia de ello, “la venta de bienes patrimoniales de un ente público, como los actos preparatorios de la misma, y entre éstos la selección de los adquirentes, son actos regidos por la normativa reguladora de la actuación externa de ese ente público, que tiene su principal exponente en el artículo 103 de la Constitución. Y es indiferente a este respecto que tales actos hayan sido realizados a través de un agente o mandatario particular”. Para el Tribunal Supremo, todo lo que precede es demostrativo de que la selección de adjudicatarios, llevada a cabo por la persona jurídica privada que actúa como agente de la Administración, “es un acto imputable a una Administración pública y regido por el Derecho administrativo, y que por ello presenta los elementos establecidos en la cláusula del artículo 1 de la Ley Jurisdiccional para acotar el ámbito jurisdiccional del orden contencioso-administrativo”.

Esta importante sentencia tiene como punto de mira evitar el fraude de ley, y con este propósito parte del supuesto que no debe cambiar el régimen jurídico imperativo exigible a una Administración

pública por el mero hecho de que actúa a través de una empresa que actúa como mero mandatario de aquella.

En la actualidad, sin embargo, debe darse un paso más adelante y considerar que, fuera de los casos en que sea admisible realizar encargos a medios propios, no cabe actuar a través de agentes o mandatarios.

5. ESPECIAL REFERENCIA A TRAGSA

La peculiaridad de Tragsa es que siendo una empresa estatal se configura también como un medio propio de las comunidades autónomas. A este respecto, cabe señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 19 de abril de 2007, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo contra Tragsa y la Administración General del Estado, ha señalado que Tragsa es una “empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades”.

En efecto, en la norma de creación de Tragsa se dice que “como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del estado, las comunidades autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa”.

Por otra parte, la referida sentencia destaca que “en el marco de su actividad con las comunidades autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas comunidades no tienen carácter contractual”.

Según la disposición adicional trigésima de la LCSP, las tarifas deben representar los costes reales, y su elaboración y aprobación corresponde a cada Administración de la que es medio propio, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente. Merecen la consideración de poderes adjudicadores las sociedades integradas en el grupo Tragsa. La revisión de oficio y la resolución del recurso especial son competencia del ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación.

El régimen de Tragsa constituye una buena muestra de la incoherencia legal a la hora de configurar el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. La solución propuesta para esta empresa, desde el punto de vista del Derecho comunitario resulta impecable. Aunque doctrinalmente pueda parecer dudoso, la jurisprudencia comunitaria se inclina por aceptar que las comunidades autónomas puedan considerar a Tragsa como medio propio y servicio técnico, porque es consciente de que en todo caso se aplicará a dicha empresa el régimen propio de los poderes adjudicadores. A nivel interno, sin embargo, una interpretación tan flexible puede resultar peligrosa, ya que la utilización de Tragsa como medio propio supondrá en la práctica eludir normas de obligada aplicación a las administraciones públicas, según la propia LCSP, en materia de preparación, adjudicación, efectos y extinción contractuales.

Se traslada, por tanto, al Derecho interno, una solución jurisprudencial que parte de unos presupuestos normativos diferentes.

6. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Para entender mejor el ámbito objetivo de la LCSP es conveniente relacionarlo con los distintos grupos de entes que integran su ámbito subjetivo. De este modo, se pueden realizar las siguientes distinciones:

6.1. Contratos de las administraciones públicas

Cabe distinguir entre administrativos y privados.

A su vez, los contratos administrativos pueden clasificarse del siguiente modo:

a) Son típicos (incluyen los sujetos a regulación armonizada): el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que siempre es administrativo y sujeto a regulación armonizada; los contratos de obras, de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos, de suministro y de servicios. En cuanto a la preparación, adjudicación, efectos y extinción, se aplica a estos contratos la LCSP.

b) Son especiales: aquellos que estén vinculados al giro o tráfico administrativo, o tengan por objeto satisfacer una finalidad pública de la específica competencia de las administraciones públicas. Su preparación, adjudicación, efectos y extinción estará regida por normas administrativas especiales, y se aplicará supletoriamente la LCSP.

En cuanto a los contratos privados, se pueden distinguir los siguientes: servicios financieros, creación e interpretación artística y literaria o espectáculos, suscripción revistas y bases de datos, y cualesquiera otros distintos a los administrativos. Su régimen jurídico, en defecto de normas específicas, será el de la LCSP en cuanto a preparación y adjudicación, y en materia de efectos y extinción se aplicará el Derecho privado.

6.2. Contratos de otros poderes adjudicadores

Cabe distinguir entre contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están.

Son contratos privados sujetos a regulación armonizada: los de obras, concesión de obras públicas, suministro, servicios (categorías 1 a 16), a partir de los umbrales comunitarios. Los contratos subvencionados se asimilan a los sujetos a regulación armonizada, cuando se trata de determinadas obras o de servicios vinculados a dicha obras, a partir de los umbrales comunitarios, si existe subvención directa de los poderes adjudicadores superior al 50%. Por lo que se refiere a la preparación y adjudicación, se aplicará el régimen propio de los contratos administrativos típicos, con algunas peculiaridades que señala la LCSP.

En relación con los contratos privados no sujetos a regulación armonizada, cabe señalar que están sujetos a los principios de publicidad, concurrencia, transpa-

rencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Deben aprobarse unas instrucciones reguladoras de los procedimientos para garantizar la efectividad de dichos principios y que se adjudiquen a la empresa que presente la oferta económicamente más ventajosa. Dichas instrucciones estarán a disposición de los interesados y se insertarán en el perfil del contratante. Se cumple con la publicidad si la licitación, en los contratos de más de 50.000 euros, se realiza mediante la inserción en el perfil del contratante.

6.3. Contratos de otros entes del sector público

La adjudicación de estos contratos se realizará, asimismo, de acuerdo con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. También deben aprobarse unas instrucciones reguladoras de los procedimientos para garantizar la efectividad de dichos principios y que se adjudiquen a la empresa que presente la oferta económicamente más ventajosa. Dichas instrucciones estarán a disposición de los interesados y se insertarán en el perfil del contratante.

6.4. Excepciones a los contratos sujetos a regulación armonizada

Por excepción, no están sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos de compra, desarrollo, producción y coproducción de programas de radiodifusión, por organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión; los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano contratación, siempre que no se reserven en exclusiva para su actividad propia; los contratos previstos en el artículo 296 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en el sector de la defensa; los declarados secretos o reservados o que comporten la adopción de medidas de seguridad especiales para su ejecución, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado; los que tengan por objeto permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

7. ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS POR CONCESIONARIOS DE OBRAS PÚBLICAS

Si el concesionario es un poder adjudicador, deberá respetar las disposiciones de la LCSP sobre adjudicación de contratos de obras.

Si no es poder adjudicador, y adjudica a un tercero un contrato de obras igual o superior a 5.150.000 euros, deberá publicar la convocatoria de la licitación como si se tratara de un poder adjudicador, con las peculiaridades que señala el artículo 250 de la LCSP. Rige la prohibición de no adjudicar a personas condenadas por sentencia firme por los delitos especificados en la LCSP.

8. RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición transitoria séptima de la LCSP establece la aplicación anticipada de la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Hasta la entrada en vigor de la LCSP rige el concepto de administraciones públicas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

b) Sin embargo, para determinar qué entes, organismo y entidades, que no tengan el carácter de administraciones públicas de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, merecen la consideración de poderes adjudicadores, se aplicará lo dispuesto en el artículo 3º.3 de la LCSP, a efectos de aplicarles las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia y de servicios que superen el umbral comunitario. Este mismo régimen será de aplicación a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la LCSP.

c) Los otros contratos que celebren los poderes adjudicadores y los que realicen en general los sujetos que pertenezcan al sector público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3º.1 de la LCSP, y no

sean administraciones públicas ni poderes adjudicadores, se sujetarán a los principios previstos en la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

9. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 31/2007, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES

9.1. Introducción

Estos sectores son los llamados sectores especiales, que antes se denominaban excluidos.

Dejan de estar sometidas a regulación especial las actividades desarrolladas en el sector de las telecomunicaciones, al constituir un sector liberalizado, y se incorpora a la Ley el sector de los servicios postales.

Cabe la posibilidad de excluir aquellos contratos que estén destinados a hacer posible la prestación de una actividad que esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Se debe comunicar a la Comisión para que pueda adoptar la correspondiente decisión.

9.2. Ámbito subjetivo de aplicación

Cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) Son poderes adjudicadores: la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, los organismos de derecho público, las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos. Aunque las administraciones se consideran poderes adjudicadores, realmente no actúan como tales en esta Ley, ya que su contratación se rige, en todo caso por la LCSP. La utilidad de definir las como poderes adjudicadores radica en que el hecho de estar bajo su influencia sirve para definir la existencia de un organismo de derecho público, como veremos a continuación.

b) En el organismo de derecho público se exige haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, además de poseer personalidad jurídica propia y estar bajo la influencia dominante de un poder adjudicador.

c) Están sujetas a la ley las entidades contratantes

que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que, sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos.

d) El criterio residual, que sirve para delimitar el concepto de empresa pública, es el de entidad u organismo sujeto a la influencia dominante de un poder adjudicador.

e) Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley los contratos que celebren los entes, organismos y entidades que con arreglo a la LCSP tengan la consideración de administraciones públicas, que se registrarán por esta última, en todo caso, si bien serán de aplicación, para determinar si los contratos deben considerarse sujetos a regulación armonizada, los umbrales establecidos en la Ley 31/2007. Los interesados podrán utilizar el procedimiento de conciliación de la Ley 31/2007. Hay que aclarar que la extensión del concepto de administraciones públicas es mucho más amplio en la LCSP que en la Ley 31/2007.

f) Se aplicará la LCSP a los organismos de derecho público, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de carácter público, cuando se trate de contratos de obras, suministro y servicios cuyo importe sea inferior al umbral comunitario, así como aquellos otros excluidos de la Ley 31/2007 (por liberalización o por exclusión expresa de carácter objetivo). Se les aplicará el régimen de los contratos no sujetos a regulación armonizada (disposición adicional undécima LCSP).

9.3. Ámbito de aplicación objetiva

La Ley describe el ámbito objetivo de aplicación agrupando los distintos supuestos por actividades, que son las siguientes:

a) Agua.

b) Gas y calefacción.

c) Electricidad.

d) Servicios de transporte.

e) Servicios postales.

f) Prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, y puesta a disposición de terminales de transportes.

g) Contratos relativos a diversas actividades.