

DOCUMENTACIÓN

LECCIÓN 1. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO, RÉGIMEN APLICABLE Y ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Asignatura: Contratación y medios de las Administraciones Públicas 2009/2010
Universidad Carlos III de Madrid

(Resumen de contenidos)

Tomás de la Quadra-Salcedo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 1.1. Origen y evolución de la contratación pública*
- 1.2. Régimen jurídico de los contratos del sector público: Objeto y ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público.*
- 1.3 Tipos contractuales*
- 1.4 Las prerrogativas del órgano contratante*
- 1.5. El objeto de los contratos: determinación del objeto, el precio y tipos de prestación.*

1.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1. El modo de actuar unilateral de la Administración en defensa de los intereses generales (expropiando, sancionando, imponiendo limitaciones, etc.) no es el único que emplean las Administraciones públicas, aunque sea el más característico y frecuente.

Junto a él desde siempre, y desde luego desde el principio del Estado constitucional en todo caso, la Administración ha buscado la colaboración de particulares y empresas en muchos casos y, muy especialmente, cuando se trata de la realización de actividades materiales (construcción –un puente, un túnel, una carretera–; prestación de servicios públicos a los ciudadanos – transporte, telecomunicaciones, etc.–; o recepción de servicios o suministros – limpieza de la fachada de un Ministerio, pintura de unas dependencias públicas, o compra de papel, bolígrafos, ordenadores, etc.– entregados por particulares o empresas)¹.

¹ No son esos los únicos supuestos en los que las Administraciones públicas, como luego veremos, buscan el consenso de otra parte. Así lo busca también cuando hace

Las razones para buscar el acuerdo con particulares y empresas obedece a que la Administración no pretende desarrollar por sí misma las actividades industriales y mercantiles en que consisten las citadas prestaciones y consiguientemente no tiene una organización capaz de construir un puente, pintar una fachada o dedicarse al suministro de material de oficina. No la tiene porque no quiere tenerla². Pero eso no quiere decir que la Administración no tenga necesidad de construir carreteras, reparar sus propios edificios o recibir suministros de determinados bienes que necesita etc.. Para ello es para lo que ha de contratar con empresas y particulares la realización material de obras, servicios, suministros, etc..

Éste es, así, el ámbito propio de la contratación donde el particular o las empresas tienen que acceder voluntariamente a contratar con la Administración y ésta no puede imponer unilateralmente su deseo de contratar con una persona determinada.

Ahí está el momento de libertad del particular o de la empresa frente a la Administración, que no existe en la actividad unilateral de la Administración; puesto que no sería lógico que buscara el consenso del particular para expropiarle o para sancionarle³. Cuando contrata las cosas suceden de forma diferente.

No obstante, esa libertad inicial para contratar o no hacerlo no significa que el particular o empresa pueda imponer el contenido de lo que se contrata; eso viene definido prácticamente, en todo o en su mayor parte, por la Administración; y, por tanto, el contrato es un contrato de adhesión con poco

convenios con otras Administraciones públicas que no pretende una prestación y contraprestación sino una coordinación de actividades. También puede ser el caso de convenios con Administraciones de otros Estados o que se deriven de Tratados internacionales.

² Aunque en ocasiones, si tiene medios propios, los utiliza desde luego; así se puede comprobar en el artículo 24 de la LCSP referido a la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

³ Eso no quita que en el ejercicio de potestades unilaterales se puedan insertar técnicas de acuerdo, si bien con la carga para el particular de que, si no llega al acuerdo, la Administración puede acabar tomando su decisión de forma unilateral. Ese ha sido el caso tradicionalmente de los acuerdos para la fijación del justiprecio o últimamente –desde la Ley 30/1992 – de la técnica de la terminación convencional del procedimiento que vimos en el curso pasado.

margen para el acuerdo de voluntades en la definición de lo que se quiere⁴. Pero eso no quita que podamos hablar del contrato como algo diferente al ejercicio unilateral de potestades públicas.

Cuanto se ha dicho con referencia a la Administración vale para los Organismos, Entes, Entidades, etc. que forman parte como veremos de lo que se llama el Sector Público, si bien es con la Administración propiamente dicha o con los Entes que ejercen potestades públicas con los que es más pertinente la reflexión sobre la diferencia entre el actuar unilateral o concertado a través de técnicas contractuales.

2. La relación contractual de las Administraciones públicas con empresas o particulares tienen antecedentes muy remotos. Se pueden buscar en Roma⁵, en la Edad media o en la Edad moderna. En todo caso lo que nos interesa es la situación en España a partir del primer constitucionalismo. A ese respecto la Gaceta de Madrid (predecesora del BOE) en los periodos del primer constitucionalismo está llena de anuncios de contratos sobre los más diversos bienes y servicios; para convocarlas no se invocaba una cobertura normativa especial, aunque a veces se citan, como es el caso del Ejército y la Marina, las Reales Ordenanzas. Una de las primeras normas de carácter general es la Real Orden de 18 de marzo de 1846 en que se establecen las Reales Ordenanzas de obras públicas de caminos, canales y puertos. La norma más relevante del periodo es, sin embargo, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo que estableció reglas para toda clase de contratos sobre servicios públicos. Después, en la Legislación de Obras públicas y en la de

⁴ El precio es uno de los elementos característicos en que el contratista participa en su determinación, como es el caso de la antigua subasta en la que el contrato se adjudicaba al que ofrecía el precio más bajo. Como veremos hay otros elementos en los que la oferta del contratista contribuye a terminar de perfilar el contenido del contrato (cuando se admiten variantes a presentar por los licitadores, que pueden afectar al plazo de ejecución o a cualquier otro aspecto concreto del contrato)

⁵ MUÑOZ COELLO, J. «Sobre el abastecimiento al ejército romano durante la conquista de Hispania», *Habis*, nº 14, 1983, recoge la actividad de las *societates publicanorum* con cita de Tito Livio (Livio, XXIII, 48, 5) y cómo en 215 a.c el *ensor* Fulvio adjudica los abastecimientos de los ejércitos de Hispania a tres compañías de diecinueve miembros, tras pública subasta del servicio. En muchos Reinos de la España medieval algunos tributos se arrendaban al mejor postor que se obligaba a satisfacer en determinados periodos del año los porcentajes fijos de lo que se esperaba recaudar.

Antecedentes de las relaciones contractuales de los poderes públicos y evolución en su regulación y sus objetivos

Administración y contabilidad de la Hacienda pública, se van a ir recogiendo en distintos momentos diversas normas relativas a la contratación.

La legislación de Hacienda refleja la preocupación por garantizar un uso eficiente de los recursos públicos, pues se considera que sólo un buen sistema de contratación, con publicidad que asegure la concurrencia de todos los interesados, garantiza que no se pague más de lo debido por las obras y suministros, así como por los servicios que recibe la Administración –o que ésta encarga a terceros para que sean prestados a los ciudadanos–. Esa concurrencia para lograr el precio justo es la razón de ser de toda la normativa de contratación, además de asegurar la real necesidad de la obra o servicio que se quiere contratar.

Garantizar la concurrencia es asegurar el mejor precio y a la vez la igualdad de todos. Por otra parte con ello se consigue también evitar la corrupción en la adjudicación de los contratos públicos.

La publicidad, la transparencia y la concurrencia son los principios que inspiran toda la legislación de contratos sea cual sea la norma en que se encuentre (reglamentos, leyes de obras públicas, leyes de contabilidad de la Hacienda pública, etc.) en el siglo XIX. Esos mismos principios han seguido presidiendo toda la legislación posterior y aún la vigente, contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo), por más que en ésta esté presente la preocupación de la Unión Europea por garantizar el acceso a la contratación pública de todos los Europeos en condiciones de igualdad.

Esa preocupación fundamental de la Unión Europea va a determinar las singularidades de la regulación actual, pues el campo de la contratación pública suele ser terreno abonado para el ejercicio de un patriotismo estatal (mayor aún si nos movemos en niveles de gobierno locales y regionales) que, por encima de respetar más o menos formalmente el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, puede tratar de favorecer a las empresas del propio Estado, región o municipio.

El texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 comenzó una etapa de regulación de la contratación pública de forma más completa y sistemática que hasta entonces. La Ley citada estuvo vigente hasta 1995 si bien con muchas modificaciones que, entre otras cosas, trataban de

solucionar el problema de una norma de 1965 que estaba exenta de cualquier preocupación europea que sólo va a surgir con la incorporación de España a las Comunidades Europeas a partir de 1986. Ello exigió la introducción de los nuevos principios de las Directivas comunitarias en la legislación existente. Inicialmente se hizo mediante modificaciones puntuales de la Ley de 1965; pero tales parches no resistieron las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que obligaron a hacer una legislación completamente nueva –la Ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones públicas (LCAP)– que derogó la anterior y que, además, se adaptó plenamente al reparto constitucional de competencias que reserva al Estado (artículo 149.1.18 de la CE) las bases de los contratos de las Administraciones públicas y permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias de desarrollo normativo y ejecución en la materia.

La LCAP trató de dar respuesta a ambos desafíos, ajustarse al reparto constitucional y estatutario de competencias y a las exigencias de las Directivas europeas.

Pero el ajuste en la perspectiva de las exigencias comunitarias no era pleno y, pronto, la LCAP sufrió varias modificaciones, algunas derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que siguió declarando que en algunos aspectos que, sobre todo, tenían que ver con el ámbito subjetivo de la Ley, no se respetaban las Directivas comunitarias. En efecto, a pesar de varias modificaciones la legislación española, dejaba fuera de su ámbito y, por tanto no se sometía a las previsiones comunitarias, determinadas entidades (determinados Entidades de naturaleza pública pero sujetas al Derecho privado con formas privadas de personificación pero en mano pública, sociedades mercantiles y fundaciones básicamente) que, de acuerdo con la sistemática y las categorías españolas, se entendía por nuestro país que no encajaban en el concepto comunitario de Entidades de Derecho Público o sujetas a Derecho Público. Después de varias sentencias del Tribunal de Luxemburgo al respecto (la de 15 de mayo de 2003 dejó claro el sentido de las normas comunitarias), se hizo evidente –junto a la aprobación de las nuevas Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE– la necesidad de ajustarse plenamente a las exigencias comunitarias y provocó la aprobación de la nueva Ley 30/2007, de 30 de

octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)⁶, que derogó la anterior con excepción de algunos artículos relativos al contrato de concesión de obra pública.

La nueva LCSP responde así al deseo de ajustarse de una vez y con carácter definitivo a la normativa comunitaria cuyas eventuales ambigüedades, si las había, se habían ido aclarando con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no dejaba margen ninguno para no hacer la adaptación total.

Ocurre, no obstante, que la LCSP no se ha limitado a introducir las modificaciones en los preceptos que lo necesitaban, sino que es una Ley de nueva planta en el sentido de que responde a un formato y a una sistemática distinta a la tradicional y mucho más compleja. Ello ha merecido la crítica de una parte importante de la doctrina por su complejidad –y en algunos puntos su obscuridad– sin duda derivada de la propia complejidad.

La crítica, que es justa en la valoración de la dificultad de la LCSP y en algunas incongruencias de determinados preceptos, no significa que sea una mala Ley, ni puede conducir a descalificarla en absoluto, una vez que se comprende que lo que se pretende es establecer un régimen diferenciado según los distintos sujetos del sector público a los que debe aplicarse la Ley, los distintos contratos a los que se aplica y las distintas fases de dichos contratos.

Con esa diferenciación no se busca sino aplicar el Derecho de la Unión en materia contractual en toda su extensión allí donde es necesario aplicarlo con ese alcance, pero no hacerlo con esa profundidad allí donde no lo es.

Y eso exige diferenciar por razón del sujeto (no es la misma la sujeción de una Administración pública que la de un poder adjudicador que no es Administración pública o que un sujeto del sector público que ni es Administración, ni es poder adjudicador) y por razón del objeto (no son las mismas las exigencias para un contrato sujeto a regulación armonizada que un contrato que no lo está; e igual ocurre con los contratos según tengan o no naturaleza administrativa) o por razón del momento del procedimiento contractual en que nos encontremos (no son las mismas las exigencias en la

⁶ También 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.

fase de preparación del contrato, en la fase de selección del contratista o en la fase de cumplimiento o ejecución del contrato).

Esos distintos sujetos, esos distintos contratos y esos distintos momentos componen una parrilla compleja en que la regulación es diferente en función del sujeto, del contrato y del momento o fase del proceso de contratación.

Todo ello da lugar a una Ley con una regulación que pudiéramos denominar de “geometría variable” pues el sujeto determina distintos tipos de regulación y el tipo y naturaleza del contrato otros tipos de regulación, así como el momento del proceso contractual en que nos encontremos.

La combinación de las regulaciones posibles por razón del sujeto, del momento y del contrato es lo que provoca esa geometría variable en cuanto que no hay una correspondencia biunívoca entre el sujeto y régimen del contrato que sólo establezca diferencias en función del objeto del contrato (obras, servicios, suministros, etc.) como antes venía sucediendo, sino que tiene en cuenta otras dimensiones, rasgos y caracteres del contrato y del sujeto. Eso es lo que provoca esa geometría variable que suscita la crítica doctrinal por la oscuridad de la norma.

3. A lo largo de la regulación española de los contratos de la Administración ha habido varios debates, polémicas o preocupaciones que pueden ser expresivos del significado de la regulación hoy existente. Básicamente son tres.

- Sobre la necesidad de una regulación especial de los contratos de las Administraciones públicas cuando existen normas civiles y mercantiles que regulan los contratos.
- Sobre la justificación de crear la figura del “contrato administrativo” como algo diferente del contrato como categoría general del Derecho regulada ya en los Códigos civil y mercantil.
- Sobre los objetivos de la política comunitaria que más que atender a los problemas clásicos del Derecho en el ámbito contractual se ciñen a establecer los mecanismos que aseguren una real igualdad de

oportunidades a todos los ciudadanos y empresas comunitarias ante los contratos de otros países⁷.

Regulación especial
distinta de la civil y
mercantil para los
contratos de las
Administraciones
Públicas

4. En lo que se refiere a la primera cuestión todo se ciñe a determinar por qué tiene que haber una regulación especial de los contratos de la Administración cuando ésta no actúa con su *imperium*, sino que, bajando de su pedestal, contrata teóricamente en pie de igualdad, con quien libremente quiere pactar con ella⁸. En esas condiciones se pone en duda que sea necesaria una regulación especial para los contratos de la Administración, pues bastaría con las normas generales que se aplican a todos los ciudadanos que admiten la inclusión de cláusulas y pactos en cada contrato que podrían modular las peculiaridades que considere necesarias la Administración.

En realidad esa posición no va a prosperar por dos razones: la primera porque aunque el contrato se pudiera regir por el Derecho Privado, la cuestión de quién es el órgano que contrata, qué poderes tiene, cómo se controla el ejercicio de la potestad contractual para comprobar el ajuste a las previsiones presupuestarias, o cómo se garantiza la calidad de lo contratado o su necesidad, exigen regulaciones que escapan a las normas civiles y mercantiles. Éstas dejan esos aspectos al propio sujeto persona física o a las reglas de formación de la voluntad de los órganos de las sociedades.

Pero en el ámbito de la Administración ello no basta. Es preciso determinar unas reglas de procedimiento que aseguren que la decisión de contratar no es una “ocurrencia” del órgano con capacidad para tomarla. En ese sentido el expediente de contratación que precede a cada contrato pretende comprobar la existencia de una necesidad a la que trata de atender el contrato, a través de un procedimiento que asegura la existencia de la misma y que asegura también que el contrato que se pretende celebrar es el mejor medio de conseguirlo; e incluso que el clausulado del contrato asegura la buena ejecución del contrato, etc..

⁷ Esa preocupación se extiende por mor de la Intervención de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los acuerdos de Marrakech a todos los países que sean signatarios de los acuerdos.

⁸ Debe notarse que en este debate no está en cuestión la naturaleza de los contratos de la Administración, sino sólo la necesidad de que se haga una regulación especial además de la de los Códigos civil y mercantil.

Además hay que determinar quién es el órgano capacitado para contratar (¿el Ministro, el Secretario de Estado, un Director General, etc.?). Hay que limitar la potestad de contratar a la existencia de partida presupuestaria que lo permita o hay que establecer si en contratos de cuantía muy elevada el nivel del contrato lo tiene que hacer directamente o aprobar el Gobierno. Finalmente, aunque sin pretender agotar la materia, hay que establecer cuál es el mejor sistema de selección del contratista para evitar abusos y corrupciones a través de la contratación.

Todos estos objetivos y finalidades justifican ya una regulación específica de la actividad contractual de las Administraciones de puertas adentro que comprende, desde luego, el momento mismo de la adjudicación del contrato.

Sin embargo, adjudicado ya el contrato, podría pensarse que no es necesario establecer ninguna normativa específica para los contratos de la Administración. La ejecución del contrato, su desenvolvimiento –normal o anormal– una vez preparado y adjudicado podría regirse por las normas generales del Derecho civil y mercantil en cuanto a la resolución por incumplimiento, las consecuencias de incumplimientos parciales, los riesgos de, por ejemplo, la obra durante el periodo de construcción, etc.

Pues bien en este punto también surgen razones que sostienen la conveniencia de una regulación propia para algunos contratos de la Administración considerados como contratos administrativos.

5. La conveniencia o necesidad de la figura del contrato administrativo dentro de los contratos que puede realizar la Administración ha sido así puesta en duda sobre la base de su necesidad: ¿Para qué un contrato administrativo si con las normas de fondo de Derecho privado o con las cláusulas que se quieran introducir en el propio contrato bastaría, con independencia de las reglas internas de preparación del contrato?.

Debe observarse que la idea de un contrato administrativo pretende identificar en determinados contratos una naturaleza distinta a la de los demás contratos de la Administración; naturaleza distinta que se identifica en las reglas de fondo del contrato y en la jurisdicción competente.

La figura del contrato administrativo y su necesidad o justificación

Pero el debate sobre la pertinencia de la figura del contrato administrativo es ya un debate inútil, puesto que la aceptación por el legislador del contrato administrativo –con una naturaleza distinta de los demás contratos que puede hacer la Administración–, le ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho, al menos desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 y, desde luego, ha sido ratificada en las sucesivas Leyes hasta la actual, que también distingue entre los contratos administrativos y los demás contratos.

Lo que caracteriza a los contratos administrativos frente a los demás son tres cosas básicamente –íntimamente unidas entre sí–:

- De una parte la vinculación del contrato administrativo con una obra o servicio público o, en general, con una necesidad de carácter público.
- De otra parte, y como consecuencia de esa vinculación, la posición de la Administración queda reforzada con la existencia de determinados privilegios o prerrogativas (potestad de modificar el contrato –*ius variandi*–, potestad de interpretación de los contratos, potestad sancionadora⁹, potestad de dirección en la ejecución del contrato, potestad de resolverlos y determinar los efectos de tal resolución).

Tales privilegios o prerrogativas se recogen sustancialmente en el artículo 194 de la LCSP en Capítulo II, del Título I del Libro IV bajo la rúbrica de «Prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos».

El debate no tiene ya, por tanto, mayor sentido, pues es el legislador el que, no sólo ahora, sino en la legislación anterior, había reconocido dichas prerrogativas como tales¹⁰.

⁹ Hoy no considerada como manifestación de prerrogativas entre las mencionadas en el artículo 194 LCSP.

¹⁰ El debate se planteaba en un nivel doctrinal como era el de saber hasta qué punto esas prerrogativas eran manifestación de una naturaleza distinta del contrato o eran el resultado de cláusulas introducidas en el contrato y que podían lícitamente pactarse en un contrato privado. Se ponía el ejemplo de la potestad sancionadora (ahora no mencionada en el artículo 194 LCSP pero sí, por ejemplo, en el artículo 232) y se decía que los particulares también podían pactar cláusulas de penalización por retrasos en la entrega de una obra, sin que el contrato dejara de ser privado. Lo peculiar del contrato administrativo es que esas prerrogativas (la interpretación del contrato, por ejemplo) podrían ejercitarse sin que fuera necesario siempre que se hubieran recogido en el contrato como cláusulas del mismo. En algún caso –la interpretación del contrato– es un privilegio pues no se ve como podría pactarse en un contrato privado una cláusula que no tropezara con la prohibición en el Código Civil, en el artículo 1254, de dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato.

- La última consecuencia del carácter administrativo de un contrato es la jurisdiccional, pues serán los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los que conozcan de las controversias que se susciten en relación con la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos a diferencia de lo que ocurre con los demás contratos salvo, respecto de estos, en los llamados actos separables.

6. El último aspecto a considerar es el de los objetivos y fines de las Directivas comunitarias respecto de los contratos de las Administraciones públicas, o del Sector público en general, que afectan muy profundamente, desde luego, como no podía ser de otro modo, a la LCSP, y que tienen una incidencia muy especial en la estructura y configuración de la Ley vigente.

A la Unión Europea le preocupa fundamentalmente una cosa: que exista un auténtico mercado interior en la contratación pública –que es una manifestación de la libertad de circulación servicios– y que las empresas y ciudadanos comunitarios tengan acceso a los contratos que liciten los órganos del sector público de los demás países. El énfasis en los contratos públicos obedece a que, de acuerdo con los estudios de la Comunidad, la contratación pública representa más del 15% del PIB de los países de la misma. Eso hace que sea una piedra de toque de la real existencia y funcionamiento de las libertades comunitarias.

Por otra parte la Comunidad –hoy Unión Europea– se percataba de que la contratación pública era el ámbito donde la discriminación por razón de la nacionalidad se daba con mayor frecuencia. Cada país trataba de que fueran las empresas de su propio país las que se llevarán sus contratos. Esa tendencia era tanto mayor cuanto más próximo estaba el nivel de la Administración de que se tratase a las empresas beneficiarias. En un Ayuntamiento la tendencia a dar la obra a la empresa constructora con sede en el propio municipio y que da empleo a muchos de sus habitantes (también votantes) era muy clara. En la Comunidad Autónoma lo era menos al igual que en el Estado, pero también había una tendencia al “patriotismo” en la adjudicación.

Los objetivos de la Directivas comunitarias en la incidencia en la configuración y sistemática de la LCSP

En los contratos celebrados por los particulares no hacía falta en cambio –ni el Tratado lo exigía– imponer el principio de libertad de prestación de servicios e igualdad de trato. Si una empresa, por su peculiar entendimiento del patriotismo, sólo contrataba bienes, mercaderías, servicios u obras con empresas de su propio país, aunque fueran peores o más caras, acabaría siendo desplazada por el mercado. El mercado era la mejor garantía de la igualdad de todos en función de su calidad y sus precios.

En cambio en el caso de los poderes públicos eran otras las consideraciones que podían llevarles a dar sus contratos a empresas del propio país –aunque fueran más caras o inexpertas–; consideraciones como los efectos que el desempleo consiguiente a no dar contratos a tales empresas podía acarrear para las mismas, con sus consecuencias sobre las cifras de paro, incremento de gastos de desempleo y efecto en la opinión pública y en el voto de los afectados y en sus familias, entre otros. Dichas consideraciones en el caso de los poderes públicos podían llevar a preferir la adjudicación a nacionales y no a extranjeros comunitarios. Era por tanto ahí donde había que establecer regulaciones que hicieran realidad las libertades comunitarias.

Así, aunque en los Tratados originarios no se hacía referencia expresa a la contratación pública, se entendía que dentro de la libertad de prestación de servicios se podía entender comprendido el Derecho a tener el mismo trato que cualquier nacional en el acceso a las licitaciones a contratos de cualquier naturaleza¹¹.

Para ello tiene que asegurarse que ningún ciudadano comunitario va a quedar excluido de un contrato público por el hecho de ser ciudadano originario de un país distinto de aquel que convoca el concurso.

La Unión Europea da por buenos los objetivos de las normas de contratación nacionales que tratan de asegurar concurrencia y transparencia – así como controles de las obras y contratos en general para evitar corrupción y el despilfarro– así como las normas sobre los derechos de las partes en la ejecución del contrato. Pero esos objetivos que tratan de asegurar las normas

¹¹ En el “Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios” aprobado en fecha tan temprana como el 18 de diciembre de 1961 los contratos públicos estaban ya considerados como uno de los aspectos atinentes a la libertad de servicios.

internas de los Estados no garantizan suficientemente, en cambio, que el sector público de cada país no practique lo que se ha llamado más arriba un cierto patriotismo nacionalista que, tratando de garantizar la transparencia y corrección en la contratación, se despreocupe de la tendencia a dar los contratos a los propios nacionales, para evitar lo que se pueden considerar efectos negativos sobre el paro interno, la actividad de “nuestras” empresas, etc.

Por perfecta que sea una legislación puede ser difícil evitar una práctica que beneficie al nacional porque “es de los nuestros”, sin que tenga por qué haber corrupción en la preferencia por lo nacional, pero de hecho con ello se rompe el mercado interior y el derecho de cualquier ciudadano comunitario a ejercer sus libertades comunitarias y su derecho a ser tratado de forma igual y con las mismas oportunidades que los nacionales de los demás Estados en sus propios países.

Contra esas dificultades ha luchado siempre la Comunidad, hoy Unión Europea, con técnicas distintas que tratan de evitar en un principio la existencia de normas internas discriminatorias pero, sobre todo, las prácticas discriminatorias; pues más que evitar que se discrimine en la propia norma (Ley que reserve los contratos públicos a los nacionales o anuncios que hagan lo mismo, lo que, por otra parte, sería directamente contrario al Tratado) lo importante son las prácticas estatales o públicas en general; lo que interesa es cuál es la aplicación real de las normas a la hora de adjudicar los contratos.

Son varias las técnicas que a ese efecto ha empleado la Unión.

Por supuesto las más evidentes consiste en la prohibición desde los mismos Tratados de normas o licitaciones abiertamente discriminatorias o que excluyesen a los no nacionales. Pero esa era una discriminación muy burda y evidente.

Menos evidente podía ser incluir en los concursos unas especificaciones técnicas que predeterminaban el resultado del concurso (especificaciones técnicas para coches de bomberos, por ejemplo, que coincidiesen con el modelo de coche que se estaba fabricando en el país). Frente a ello lo que se exige es que las especificaciones se hagan de forma neutral de manera que no se condicione el resultado y con arreglo a normas internacionales de normalización que eviten el empleo sectorio de las especificaciones técnicas.

Otras prácticas a evitar consisten en que se coloque a la empresa a la que se le quiere dar el concurso en situación de ventaja; así se prohíbe que participe en un concurso una empresa que ha estado asesorando durante la fase de preparación del contrato y que tiene así la ventaja de conocer lo que quiere la Administración y la ventaja del tiempo que habría tenido para preparar su oferta.

Otra técnica para garantizar la igualdad de acceso de todos los comunitarios a los contratos de cualquier país está en romper el acantonamiento de la información de las licitaciones. Si sólo se publicasen en los Boletines o Diarios oficiales o en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos sería inútil hablar de igualdad práctica y real de acceso a la contratación, pues nunca una empresa sueca va a poder conocer los concursos de una Comunidad Autónoma en España que publicase sus concursos en su Boletín oficial.

Pues bien contra ese cierre de la información se lucha obligando a la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión y, además, otorgando un tiempo suficiente para preparar su oferta a todos, teniendo en cuenta el tiempo que necesitan los comunitarios de país distinto al que convoca. Ello exige fijar los días –con tiempo suficiente para que la empresa de otro país miembro pueda preparar su oferta y enviar a alguien a verificar sobre el terreno la realidad o pedir aclaraciones si las necesita aparte de que pueda hacerlo empleando medios electrónicos– y los procedimientos y formas de contratación como enseguida veremos.

Con todo ello no se habría adelantado nada si, después, cada país pudiera adjudicar el contrato a su libre arbitrio. Contra ello se lucha estableciendo los procedimientos y los criterios con arreglo a los cuales han de ser adjudicados los contratos. También estableciendo un sistema de recursos previos a la adjudicación que permitan al licitador –antes de que con la adjudicación del contrato sea prácticamente irremediable el resultado del concurso– gozar de un recurso rápido y eficaz con efectos suspensivos de la adjudicación que permita una última reflexión (arts. 37 y 38 de la LCSP).

En fin, no se trata ahora de repasar todos los mecanismos a los que ha echado mano el Derecho de la Unión para doblegar las prácticas de los poderes públicos nacionales, sino de poner de manifiesto los objetivos de la

Unión Europea y destacar cómo prácticamente todos ellos tienen que ver con la fase de selección del contratista y la adjudicación del contrato. Al Derecho de la Unión no le importa prácticamente nada si el contrato es administrativo o privado; o cuáles son las normas que regulan la ejecución y cumplimiento del contrato o la revisión de precios o los pagos de las certificaciones. Las normas comunitarias se concentran así, básicamente, en la fase de selección del contratista, en las condiciones para serlo y en la determinación de cuáles son los Entes públicos que han de quedar sujetos a las previsiones comunitarias que van a incidir sobre todo en esa fase o en relación con dicha fase.

Esta concentración de las preocupaciones y, consiguientemente, de la regulación de la Unión en determinados aspectos de la contratación va a propiciar la geometría variable que la LCSP presenta.

1.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Observaciones
preliminares

7. Antes de entrar en el tema del objeto y ámbito de la aplicación de la LCSP resulta conveniente realizar algunas puntualizaciones que tienen que ver con el régimen jurídico de los contratos del sector público y que pretenden dejar claro desde el principio lo siguiente:

- El régimen jurídico no es uniforme sino que hay una gran variedad en los supuestos de contratos sujetos a la LCSP.
- No toda la actividad de las Entidades del sector público que tienen apariencia contractual caen bajo la órbita de la LCSP.
- La contratación en los sectores del agua, de la energía y los transportes y los servicios postales se rigen por una Ley especial.

Unidad y variedad
del régimen jurídico
de los contratos
sujetos a la LCSP

8. Antes de entrar en el aspecto relativo al objeto y ámbito de la Ley conviene hacer de antemano una precisión acerca de la rúbrica del presente apartado de la Lección: no hay una unidad en el régimen jurídico de los contratos del Sector público que quedan sujetos a la LCSP. Como vamos a ver enseguida un mismo contrato, sujeto a la LCSP, puede tener una regulación

distinta según quien sea el sujeto del Sector público que lo realice (no es lo mismo que sea una Administración pública o una sociedad mercantil en mano pública).

Lo que si podemos decir es que hay prácticamente un único texto –la LCSP– en el que se recoge la regulación de los contratos, por más que pueda ser diferente tal regulación según el sujeto que lo haga, también según el tipo de contrato de que se trate. Y señalamos que prácticamente es un único texto porque no podemos olvidar que, aparte de regulaciones para los contratos administrativos especiales a que alude el artículo 19.2 de la LCSP, en la misma fecha se aprobó 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.

Conviene pues retener que el régimen jurídico de los contratos del sector público no es completamente uniforme –con las diferencias naturales que se derivarían del distinto tipo de contrato de que se tratase (obras, servicios, suministros, arrendamiento, etc.)– sino que, además del tipo de contrato, influyen otras cosas como el sujeto que contrata, la fase de la contratación de que se hable o si el contrato está o no sujeto a una regulación armonizada.

9. La segunda advertencia tiene que ver con el hecho de que hay toda una serie de actuaciones bilaterales, convencionales o contractuales que aunque las hagan entidades del Sector Público no se rigen por la LCSP. En efecto, el artículo 4 de la Ley se preocupa por señalar toda una serie de supuestos que no se rigen por la LCSP, sino por otras normas.

La mera lectura del artículo 4 de la LCSP pone de relieve la lógica de esas exclusiones que en la mayor parte de los casos resulta evidente.

Así quedan excluidas del ámbito de la LCSP la relación de servicios de los funcionarios públicos o los contratos regulados en la legislación laboral (artículo 4.1 a). Tal exclusión resulta evidente.

Y lo mismo ocurre con los contratos de arrendamiento por los que la Administración alquila a un particular un edificio o un piso para instalar oficinas públicas (artículo 4.1 p). La norma que rige ese contrato es la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que la Administración tenga que tener ninguna

Actuaciones bilaterales, convencionales o contractuales no sujetas a la LCSP pese a provenir de Entidades del Sector Público

prerrogativa especial que la haga diferente a los demás arrendatarios con los que cualquier propietario tiene que contratar.

Cada letra del artículo 4 tiene su propia lógica en cuanto a las razones de su exclusión y no es el momento de detenernos en ellas. Baste con tomar conciencia de la necesidad de comprobar en cada caso si una relación de las Administraciones públicas con terceros que parecen tener la apariencia de un contrato está excluida de la LCSP en cuanto comprendida en su artículo 4.

Alguna atención merece la letra n) del citado artículo 4 que excluye los supuestos en que «*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*». En definitiva que los contratos que en el Sector público se hagan con Entidades que dependan o sean instrumento del comitente no quedan sujetas a la LCSP, pues en realidad es tanto como si contrataran consigo mismo al hacerlo con una Entidad que es un medio instrumental (contratos “*in house*”); lo que sucede en realidad, es que en el fondo no hay contrato, sino encargo de una actividad a alguien que es una especie de servicio interno o dependencia de uno mismo, aunque esté dotado de personalidad.

Como contrapartida los contratos que estas Entidades, que son medio propio de otra, hagan con terceros –para la realización de los encargos recibidos de la Entidad matriz o comitente del encargo o, en su caso, al margen de ellos– sí se sujetan a la LCSP¹².

10. Finalmente ha de tenerse en cuenta que la LCSP deja fuera de su ámbito de aplicación los contratos que se celebren –en el ámbito de los sectores a que se refiere 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– por Entidades distintas de las Administraciones públicas mismas

¹² Artículo 4.1 n) LCSP: «*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 II 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*».

(Disposición adicional undécima LCSP) pues quedan sometidas a la Ley 31/2007, aunque hay previsiones y remisiones de importancia para algunos supuestos en la propia Ley 31/2007 y en la LCSP¹³.

La razón para esa regulación específica tiene que ver con un largo debate que en la Comunidad existió en relación con determinadas actividades (en su momento las señaladas más las telecomunicaciones) en las que cada Estado tenían un régimen distinto. En unos Estados las actividades (aguas o transportes, por ejemplo) las realizaba directamente la propia Administración; en tanto que en otras las realizaba una empresa pública en forma de sociedad mercantil y en un tercero una empresa privada cien por cien a la que se le había adjudicado por concesión, en un concurso, el servicio de aguas de un municipio o de una región.

Esa diversidad de regímenes suponía que en unos Estados tenían que abrir su contratación a empresas extranjeras comunitarias porque la Entidad titular era la Administración o un ente público, en tanto que en otros, con el argumento de que la actividad estaba otorgada en concesión a una empresa privada, los contratos que tal empresa privada hiciera para el desarrollo de su actividad eran libres; y, por tanto, contrataba con quien quisiera y sin someterse a sistema alguno de contratación, sino con los modos y formas cómo contrata una empresa privada.

Ante esa disparidad de regímenes –que eximía las mismas actividades realizadas en algunos Estados de las normas comunitarias de contratación, en tanto que en otros se tenían que abrir a la competencia con contratistas de otros países–, se optó por no sujetar ninguna de esas actividades a las normas comunitarias; tampoco en los Estados en que eran prestadas por las propias Administraciones públicas, Organismos autónomos u otras Entidades públicas.

Eso determinó que esos sectores quedarán inicialmente excluidos de las normas europeas de contratación, llegándose a conocer tales sectores como “sectores excluidos”, hasta que se encontrara una solución.

¹³ Si el contrato en dichos sectores lo celebra una Administración pública entonces queda sujeto básicamente a la LCSP de acuerdo con la disposición adicional 11ª de la Ley y con el artículo 5 de la Ley 31/2007. Si el contrato lo celebra una Entidad que no tiene el carácter de Administración pública entonces está sujeto a la Ley 31/2007. Ahora bien si, en éste último caso, se trata de contratos excluidos de la Ley 31/2007 entonces se rigen tales contratos por la LCSP.

La solución vino con la Directiva 90/531/CEE y con las que le sucedieron hasta la actual 2004/17/CE que es la traspuesta por la Ley 31/2007. En efecto, a tenor de la Directiva 2004/17/CE (y de la sus predecesoras empezando por la 90/531/CEE que sacó a estos sectores del limbo de la exclusión) quedan sometidas a sus previsiones también las empresas privadas (totalmente privadas, es decir, tanto por su forma jurídica como por la propiedad de sus acciones) con tal de que actúen en estos sectores y ostenten algún tipo de derechos especiales o exclusivos.

La Comunidad se da cuenta de que lo importante no es si son empresas completamente privadas (o privadas en mano pública) o Entidades de derecho público; lo importante, aunque sean empresas completamente privadas, es si gozan de algún derecho especial o exclusivo, pues en tal caso no se comportarán como un empresario privado que vigila por su propio interés y contrata lo que más le conviene, sino que por su proximidad a la Administración y por los lazos de dependencia con ella (porque la renovación de su concesión depende de la Administración o las tarifas de sus servicios a particulares son revisadas por la Administraciones o las obligaciones o mejoras se las puede imponer la Administración, etc.) no actúan con la libertad de un empresario privado a la hora de contratar y, por tanto, puede ser receptiva a una presión administrativa para contratar nacional con tal de obtener la prórroga que espera o la revisión de las tarifas solicitadas.

Ese es el quid de la Ley 31/2007: que sujeta a un régimen público de contratación incluso a empresas de capital privado, con tal de que desarrollen una actividad con derechos exclusivos o especiales. Ahora bien, ese régimen público de contratación (que les obliga a anunciar sus contratos y seguir procedimientos formalizados de selección del contratista) es más flexible, en términos generales, que el que se aplica en el ámbito del sector público que no opera en dichos sectores del agua, transportes, energía, transportes o servicios postales.

La consecuencia de esa mayor flexibilidad va ser que la misma se aplique no sólo a las empresas completamente privadas que gozan de derechos especiales o exclusivos en esos sectores, sino también a las

Entidades públicas que operan en los mismos sectores¹⁴. La razón no es otra sino evitar que en unos países tengan un régimen más flexible las empresas que actúan en esos sectores porque han concedido derechos especiales o exclusivos a empresas privadas y en otros el régimen sea más rígido porque la actividad la desarrollan Organismos de Derecho público.

Si la solución inicial y transitoria fue dejar a estos sectores fuera de la normativa de contratación, fuera quien fuere el que desarrollase la actividad, la solución final consiste en que todos los que actúan en estos sectores estén sometidos al mismo régimen de contratación pública –incluidas las sociedades mercantiles privadas– aunque todos ellos tengan un régimen más flexible respecto del general de la LCSP.

Objeto y ámbito de la LCSP

13. El artículo 1 de la LCSP establece cual es su objeto y los artículos 2, 3 y 4 su ámbito. El ámbito se refiere al ámbito objetivo y subjetivo de la Ley y todo él viene delimitado por las exclusiones del artículo 4 al que ya hemos hecho referencia.

Objeto de la LCSP

14. Pues bien el objeto de la Ley se describe en el artículo 1 señalando cuatro objetos o fines de la Ley:

- regular la contratación del sector público
- garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos
- asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto,
 - o una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios
 - o lo que se logrará mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.
- La regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines

¹⁴ No obstante si el contratante es una Administración pública se rige por la LCSP.

institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar

Al margen del primer objetivo –la regulación de la contratación del sector público– se menciona en primer lugar la libertad de acceso, no discriminación e igualdad que pone de manifiesto la influencia del Derecho de la Unión al poner por delante de todo su preocupación por lograr un mercado interior de la contratación.

Tiene importancia que, en segundo lugar, se cite el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos que se satisface con la garantía de que se contrata aquello que realmente es necesario y se hace a través de técnicas que garantizan que se paga por ello el precio –o se obtiene la prestación– más ventajoso. El artículo 22 de la LCSP concreta ese principio en términos que, si se cumplen, obligarían a un examen cuidadoso de la necesidad de las prestaciones que se contratan.

Finalmente se hace mención como tercer objetivo específico la regulación de los efectos cumplimiento y extinción de los contratos “administrativos” que se sustentan así desde el artículo 1 LCSP.

15. El ámbito de la LCSP se define con criterios objetivos y subjetivos. Los primeros nos indican, en su artículo 2, cuáles son los contratos que están sujetos a la Ley por razón de su contenido; los segundos qué sujetos se entiende que integran el sector público y cuáles son, dentro de él, los distintos subsectores, niveles o círculos que pueden identificarse.

El ámbito objetivo de la Ley queda a su vez complementado por una serie de supuestos que quedan fuera de la Ley y que son los que se recogen en el artículo 4 de la misma.

El elemento más importante es el referido al ámbito subjetivo de la Ley al que se refiere el artículo 3 y puede decirse que el mismo constituye la parte esencial de la presente lección.

No obstante empezaremos por hacer una referencia al ámbito objetivo de la Ley.

Ámbito objetivo

16. En el artículo 2 se ofrece una determinación del ámbito objetivo¹⁵ por referencia al tipo de contrato que cae bajo la órbita de la LCSP no en relación al contenido de sus prestaciones, sino a la naturaleza más abstracta del mismo: sólo quedan comprendidos los contratos onerosos¹⁶.

La clave, a tal efecto, es la idea de onerosidad del contrato, lo que significa que quedan fuera de la LCSP todos aquellos contratos que no revistan esa cualidad. Así los convenios entre Administraciones o con otras entidades que no tengan el carácter oneroso o en que no se pretende que exista un prestación y una contraprestación, sino otras cosas (una coordinación de actuaciones por ejemplo) quedan fuera de su ámbito. En ese sentido algunos de los supuestos del artículo 4 tienen que ver con esa idea de contratos no onerosos y por eso quedan al margen de la LCSP.

La LCSP incluye en ese ámbito objetivo –en forma que puede ser discutible¹⁷– los contratos subvencionados por entes organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas o por entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador en los términos del artículo 17. En definitiva un contrato celebrado por una persona física o jurídica –incluso no perteneciente al Sector público– queda sujeta a la LCSP cuando ese contrato está subvencionado¹⁸ por entes, organismos y entidades del Sector público que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

Ámbito subjetivo

17. La determinación del ámbito subjetivo constituye la clave para entender todo el sistema que pone en pie la Ley y constituye también la clave de la presente lección.

¹⁵ Aunque la determinación del ámbito trata de ser objetiva (el tipo de contrato) no deja de hacerse referencia a los sujetos del artículo 3.

¹⁶ Ese ámbito objetivo queda a su vez circunscrito al sujeto que contrata: el sector público.

¹⁷ Discutible porque, en realidad, más que con el ámbito objetivo tiene que ver con el sujeto que lo celebra que no es una entidad del sector público. El carácter subvencionado –ahí puede estar la apariencia de no onerosidad– es lo que puede explicar que se trate en el artículo 2 LCSP.

¹⁸ Tal vez en la idea de subvención se quiere ver algo que afecta a la no onerosidad y, por tanto, se incluyen expresamente los contratos subvencionados que tienen su origen en una transferencia de fondos aparentemente no onerosa.

Es el artículo 3 LCSP el que determina el ámbito subjetivo de la misma en sus tres números que parecerían establecer tres niveles, círculos o esferas de entidades del sector público que van a ser relevantes en el funcionamiento y sistemática de la Ley.

No puede dejar de señalarse que, en realidad, el artículo es descriptivo y que hay que ponerlo en conexión con los distintos Libros y Títulos de que consta la Ley para comprobar que, en realidad, hay más de tres niveles relevantes.

En todo caso, como si se tratase de una muñeca rusa, la LCSP en su artículo 3 número 1º describe, por el sistema de lista, lo que se considera sector público. En su número 3º describe lo que se consideran poderes adjudicadores y en su número 2º lo que se consideran Administraciones públicas.

Se habrá observado que hemos alterado el orden de la enumeración. La razón es porque, siguiendo con el símil de la muñeca rusa, la muñeca más grande y omnicomprensiva es la del número 1º –que describe todos los entes organismos y entidades que forman el Sector público “a los efectos de esta Ley” (lo que quiere significar que otras leyes pueden hacer una consideración distinta, pero a efectos de la contratación son sector público las entidades que recoge el número 1º)– pero la siguiente muñeca más grande no es la que describe el número 2 (las Administraciones públicas), sino la del número tres (los “poderes adjudicadores”) porque en el concepto de poderes adjudicadores se comprende en primer lugar las Administraciones públicas del número 2 y además otros entes, organismos y entidades que enseguida veremos.

Ello quiere decir que el concepto de poder adjudicador es más amplio que el de Administraciones públicas puesto que comprende a estas últimas y, además, a otros entes u organismos.

Si ordenamos los tres ámbitos del artículo 3 de la LCSP en orden inverso –es decir empezando por el ámbito más reducido– el más reducido es el ámbito de las Administraciones públicas (apartado 2 del artículo 3); el que le sigue un poco más amplio es el de los poderes adjudicadores –es un poco más amplio porque comprende las Administraciones públicas y otros entes organismos y entidades (apartado 3 del artículo 3)–. Finalmente el ámbito o círculo siguiente más amplio es el del artículo 3 en su apartado 1.

En este último –el más grande– puede verse que se comprenden las Administraciones públicas y los poderes adjudicadores y, además, otras entidades que no encajan ni en Administraciones ni en poderes adjudicadores; puede ser el caso de algunas sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de determinadas entidades del sector público sea superior al 50%¹⁹; o el caso de las entidades públicas que se hayan creado para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil y que no sean poder adjudicador.

Se trata, pues, de tres círculos en los que el más amplio (sector público) contiene a los más reducidos (poderes adjudicadores y Administraciones públicas).

Antes de examinar cuáles son las entidades que se describen como integrando cada uno de esos círculos –lo que en algunos casos reviste una cierta imprecisión– conviene saber la función que tiene esa clasificación en tres círculos concéntricos. Para qué sirve; pues ello explica por qué se ha hecho así en la LCSP.

Y antes incluso de analizar la función –para qué sirven en la práctica esas distinciones en círculos– conviene destacar que, al margen de lo que dice el [artículo 3](#), en realidad a lo largo de la LCSP los términos que se emplean parecen no corresponder con tres, sino cinco e incluso seis círculos a tomar en consideración.

En efecto en el cuadro nº 1 se pueden ver los círculos del [artículo 3](#) y en filas coloreadas nuevos términos que se emplean a lo largo de la Ley –en distintos artículos– y que sugieren nuevos círculos o ámbitos (aunque puede considerarse que están ya implícitos en dicho [artículo 3](#)).

A	Sector público (artículo 3.1)
B	Sector público que no comprende ni poderes adjudicadores ni Administraciones públicas.
C	Poderes Adjudicadores (artículo 3.3)
D	Poderes adjudicadores que no son Administraciones publicas

¹⁹ Si la participación es inferior al 50% no forman parte del sector público. En todo caso se dice “puede ser” en el texto porque es posible que una sociedad mercantil se considere poder adjudicador por haber sido creada para satisfacer una necesidad de interés general que no sea industrial o mercantil.

E	Administraciones públicas. (<u>artículo 3.2</u>)
F	Contratos subvencionados de personas físicas o jurídicas o entidades del sector público que no son poderes adjudicadores (<u>artículo 2.2 y 17</u>)

Cuadro 1.

Como se ve en el cuadro en las filas B, D, y F aparecen entidades o sujetos no mencionados en tal forma en el artículo 3, pero cuya mención aparece en otros artículos de la LCSP.

En realidad los nuevos términos que aparecen sombreados son los realmente operativos como veremos a lo largo de las lecciones dedicadas a la contratación del sector público, en tanto que los que aparecen en el artículo 3 cumplen generalmente una función de agrupar sintéticamente determinados ámbitos para delimitar el alcance de determinados preceptos señalando las entidades sujetas y las no sujetas a determinadas reglas²⁰. Así se habla en ocasiones de Entidades del sector público que no son poderes adjudicadores (arts. 17.2, 176, 250 y disposición transitoria 7.1 c) de la LCSP). De esta forma se describen abreviadamente las entidades del artículo 3.1 que no están comprendidas en el 3.3 (ni por tanto en el 3.2, puesto que el 3.3 ya comprende el 3.2) para aplicarles determinados preceptos de la Ley.

Lo mismo ocurre con la expresión poderes adjudicadores que no son Administración pública (arts. 39, 121, 173, 179, etc.) –que no aparece en el artículo 3 de la LCSP– y que, sin embargo, es la que se emplea de modo operativo para aplicarles a esas entidades determinados preceptos de la Ley.

18. Los distintos círculos del artículo 3 de la LCSP sirven, en la economía de la Ley, para determinar las reglas que dentro de cada Libro, Título, Capítulo, Sección, Subsección y aún artículo de la Ley se aplican a cada categoría de entes del Sector público.

Para la comprensión del sistema de la Ley conviene recordar que ésta se divide en Libros, Títulos, Capítulos, Secciones, Subsecciones y artículos. Esa distribución está hecha con intención de distinguir los Libros en los que las previsiones de la Unión Europea son más intensas (las que tienen que ver, por

²⁰ En el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada su delimitación aparte de cuantitativa es también subjetiva pues sólo quedan comprendidos en el concepto los contratos adjudicados por poderes adjudicadores (art. 7 de la LCSP).

ejemplo, con la selección del contratista especialmente –Libro III–) de aquellas otras en las que las previsiones de la Unión son menores, escasas o nulas (Libro IV relativo a los contratos administrativos sólo; o Libro V sobre organización Administrativa para la gestión de la contratación). Con ello se establecen diferencias entre el régimen aplicable a las distintas entidades de los distintos círculos y a su vez, esas diferencias tienen una intensidad diferente según el Libro, Título o capítulo de que se trate.

Los Libros en que se divide la LCSP pueden verse en el siguiente cuadro nº 2:

Titulo Preliminar no inserto en ningún Libro	Regula el objeto y ámbito de la Ley, los tipos contractuales, los contratos sujetos a regulación armonizada y los contratos administrativos y los privados	En él se contienen algunas previsiones que tienen que ver con la regulación de la Unión y otras que no.
<u>Libro I</u>	Configuración general de la contratación del sector público y elementos de los contratos	Contiene previsiones que tienen que ver con la regulación de la Directiva 2004/18/CE y otras que no.
<u>Libro II</u>	Preparación de los contratos	Una buena de las previsiones no son trasposición de la Directiva 2004/18/CE aunque la tienen en cuenta
<u>Libro III</u>	Selección del contratista y adjudicación de los contratos	Es el Libro que, en mayor grado, es trasposición de las previsiones de la Directiva 2004/18/CE
<u>Libro IV</u>	Contratos administrativos (efectos, cumplimiento y extinción)	La categoría del contrato administrativo no interesa al Derecho de la Unión, aunque en la regulación del Libro se

		tengan en cuenta las previsiones del mismo.
<u>Libro V</u>	Organización Administrativa para la gestión de la contratación	Se trata de normas internas no prevista por la Directiva 2004/18/CE, si bien tal organización tiene en cuenta las previsiones de la Directiva 2004/18/CE.
<u>Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales</u>	Son un cajón de sastre en que se tratan distintos aspectos.	Hay diversas disposiciones que tienen que ver con las exigencias de la Directiva 2004/18/CE.

Cuadro 2.

Si se da un vistazo al cuadro se podrá observar que hay Libros en los que la Directiva 2004/18/CE tiene una fuerte presencia como es el caso del Libro III que se refiere al tema capital contenido en aquella relativo a la regulación de la publicidad, las formas, procedimientos, criterios, etc. para seleccionar al contratista y adjudicar el contrato; regulación que quiere evitar que exista y se consume la preferencia por lo nacional.

Pues bien, en dicho Libro III –con una fuerte densidad de trasposición de la Directiva 2004/18/CE– hay dos Títulos. El capital es el Título I que contiene el 80% de los artículos y es en el que se trata de la adjudicación de los contratos (artículos 122 a 177) y en dicho Título la regulación sustantiva tiene en cuenta, en dos capítulos diferenciados, los círculos de:

- 1) las **Administraciones públicas** en el Capítulo I en el que se contiene la inmensa mayoría de los artículos del Título I (arts. 122 a 172).
- 2) Los **poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas** en la Sección I del Capítulo II a los que dedica tres preceptos (arts. 173 a 175)

- 3) **otros entes, organismos y entidades del Sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores** en la Sección II del Capítulo II a los que dedica un solo artículo (art. 176) y
- 4) los **contratos subvencionados celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores** –a que se refiere el artículo 17 de la LCSP– en la Sección III del Capítulo II a los que dedica un solo artículo (art. 177).

Éstas son las denominaciones a retener puesto que en el núcleo duro de la transposición (en el Libro III en que se van a recoger las previsiones de la Unión en lo que a ella más le interesa) las categorías que emplea la Ley son precisamente las que acaban de destacarse.

Por su parte en el Libro II sobre preparación de los contratos (es decir la fase previa a la selección del contratista) se contienen dos Títulos. Uno para las Administraciones públicas y otro para los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas. Estas son, pues, las categorías relevantes (con las otras dos señaladas).

Lo más notable, a diferencia del Libro III a que se ha hecho referencia más arriba, es que no se menciona para nada a los demás entes del Sector público que ni son Administraciones públicas ni son poderes adjudicadores. De ahí podría deducirse por algunos que no rigen para ellos (para los que no son ni Administraciones públicas, ni poderes adjudicadores) las normas sobre preparación de los contratos, sin perjuicio de lo que los estatutos de las sociedades mercantiles o los de las Entidades públicas empresariales dispongan.

Por otra parte en el Libro I sobre configuración general de la contratación en el sector público y sus elementos estructurales la mayor parte de sus artículos son comunes para todos los Entes del Sector público, salvo los que de forma expresa se refieren a alguno de los círculos señalados²¹ o a algún tipo de contrato (los sujetos a regulación armonizada).

Es decir que las normas sobre racionalidad de la contratación se refieren en buena parte a todos los entes del sector público y lo mismo puede decirse de la capacidad de los empresarios, las prohibiciones de contratar, etc.

²¹ Es el caso para la Administración de los artículos 24, 27, 28.2, 31, 34, 77 a 91 etc.

Finalmente el Libro IV al referirse a los contratos administrativos solo comprende los celebrados por las Administraciones públicas, pues en el concepto mismo de contrato administrativo está el ser celebrados por una Administración pública (artículo 19.1 LCSP en su comienzo).

Geometría variable

19. Vemos pues cómo hay una asimetría en la regulación: los Entes del Sector público que no son Administraciones públicas ni poderes adjudicadores, están en el Libro III sujetos en materia de adjudicación de contratos y selección de contratistas a principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación que han de concretarse en unas instrucciones internas (artículo 176 LCSP); en cambio en lo que hace a la preparación de los contratos nada se prevé para ellos en el Libro II. Puede pensarse que el régimen de preparación del contrato es libre. No obstante, si tiene que haber publicidad y concurrencia, es difícil pensar que no haya pliegos de condiciones sobre los que puede desplegarse el principio de transparencia y asegurarse la igualdad o que no haya preparación previa del contrato.

De todo ello se desprenden varias cosas. En primer lugar, la geometría variable dado que no hay un paralelismo entre el tipo de entidad y la regulación de la contratación en cada uno de los Libros²². En segundo lugar, que los círculos o categorías subjetivas realmente operativas en cuanto sirven a para conocer –en cada uno de los Libros, Títulos y Capítulos de la LCSP– el régimen que se aplica a cada una de ellas es el de 1) Administraciones públicas, 2) Poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas, 3) entidades y organismos del Sector público que no son poderes adjudicadores, y 4) Contratos subvencionados.

²² Así en las materias de selección y adjudicación del Libro III el artículo 174 dispone para los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas, la aplicación para los contratos sujetos a regulación armonizada la aplicación de las previsiones del capítulo anterior relativas a los contratos de las Administraciones públicas con la salvedad de algunos apartados de cinco artículos y alguna matización menor en temas de publicidad. Es decir que en la práctica se les aplica el mismo régimen que a las Administraciones públicas.

Ahora bien, sin embargo, en el artículo 121 para esos mismos poderes adjudicadores, en los casos de contratos sujetos a regulación armonizada, sólo se prevé la aplicación de cuatro artículos de los 27 que se dedican en el Libro II a la preparación de los contratos.

20. En los tres números del artículo 3 de la LCSP se enumeran los distintos sujetos que integran cada uno de los círculos o niveles. La enumeración se repite en ocasiones, pues unos círculos enumeran entidades o sujetos que se contienen en otros círculos o niveles, si bien en los números 2 y 3 se añaden precisiones.

Dos observaciones comunes pueden hacerse.

La primera que la enumeración se hace, como dice cada uno de los tres números en su comienzo, “a los efectos de esta Ley”. Ello significa, por ejemplo, que con independencia de cómo se conceptúen en la misma LOFAGE los Entidades públicas empresariales (art. 43.1 b) de la LOFAGE) las mismas no se consideran cómo Administraciones públicas en el artículo 3.2 in fine.

La segunda que en todos los números se emplean unos términos parecidos para referirse a *«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»*. (art. 3.1 h) y en términos muy parecidos en el artículo 3.3 b); en el 3.2 e) los términos son diferentes).

Con esos términos se designan entidades –de forma genérica– que tienen el carácter de Poderes adjudicadores o de Administraciones públicas²³ por el dato inicial de haber sido creadas para satisfacer necesidades de interés general “que no tengan carácter industrial o mercantil”. Con esa referencia al carácter no industrial ni mercantil de la necesidad que presidió su creación quiere subrayarse su distanciamiento de la actividad mercantil e industrial y su proximidad al ejercicio de funciones públicas.

Nadie puede dudar de que la necesidad que satisface la Agencia Estatal de Administración Tributaria no tiene que ver con necesidad alguna mercantil,

²³ Los términos para situarlos como Administraciones públicas dependen de si se ajustan a las previsiones del art. 3.2 en su letra e) que, aunque parecidos, presentan algunas diferencias respecto de los del mismo artículo en su número 3 b). En concreto en el artículo 3.2 e) se exige que su actividad principal *«no consista en la producción en régimen de mercado de bienes o servicios destinados al consumo individual o colectivo o que efectúen operaciones de redistribución de la renta o riqueza nacional en todo caso sin ánimo de lucro»*.

sino que pertenece al núcleo duro de las funciones públicas. Lo mismo sucede con la Agencia de Protección de Datos o con el Instituto de Evaluación que depende del Ministerio de Educación.

Ocurre que si en los casos citados es claro que tales entes, organismos o entidades no han sido creados para satisfacer necesidad mercantiles o industriales, hay otros supuestos en los que la delimitación de lo que es necesidad mercantil o industrial no es tan clara, lo que exige una labor compleja para ver si son poderes adjudicadores o sector publico que no son poderes adjudicadores o incluso si son o no Administraciones públicas²⁴. Estar en uno u otro nivel o círculo entraña consecuencias diversas en cuanto al régimen contractual.

21. Las Administraciones públicas son las que se mencionan en el artículo 3.1 a) y b) más

- Organismos Autónomos.
- Universidades Públicas.
- Las Entidades de Derecho público con independencia funcional que regulan sectores o actividades: Banco de España, CMT, CNE, CNC, CNMV, etc..
- Las entidades de Derecho público vinculadas con una o varias Administraciones que cumplan alguna de las siguientes características:
 - o *Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o*

²⁴ En el caso de la determinación de las entidades que son Administración pública no se hace referencia en la letra e) 1ª del art. 3.2 a las necesidades mercantiles o industriales, pero la referencia a que sean entidades cuya «*actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro*» parece que se acerca bastante a la idea de no satisfacer necesidad mercantiles o industriales. No obstante ello puede suscitar dudas acerca de si entidades públicas que satisfacen necesidades de interés general no industrial ni mercantil - y que no producen, tampoco, bienes o servicios en régimen de mercado-, deben considerarse Administración pública o Poderes adjudicadores que no son Administración pública. Las Agencias Tributarias son más bien Administración pública, pero en otros casos no tan próximos al núcleo de las funciones públicas no es tan claro dónde situar las entidades correspondientes.

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

Del concepto quedan excluidas en todo caso las Entidades públicas empresariales.

Debe notarse, no obstante, que siempre se habla de entidades de “derecho público” por lo que quedan excluidas del concepto las sociedades mercantiles.

22. El término poderes adjudicadores está tomado directamente de la Directiva 2004/18/CE que se traspone. En el concepto están comprendidos de acuerdo con el apartado 3 del artículo 3:

- las Administraciones públicas que acabamos de ver.
- Los demás entes o entidades que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. En este último caso hace falta además que haya un poder adjudicador que financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a la mitad de los miembros de su órgano de Administración, dirección o vigilancia. Por tanto si no financia, ni controla su gestión ni nombra a la mitad de sus miembros entonces no es poder adjudicador.

Como ya se ha visto los poderes adjudicadores –que no son Administración pública– tienen un régimen distinto y algo más ligero que el de las Administraciones públicas.

La cuestión a dilucidar consiste en saber cuándo una Entidad ha sido creada para satisfacer necesidades que no tenga carácter industrial o mercantil. Son varios los supuestos que podemos considerar.

En primer lugar dentro del concepto de Entidades podemos incluir por ejemplo las Fundaciones del Sector público. Todas ellas pueden considerarse poderes adjudicadores ya que, por esencia, una fundación debe crearse para satisfacer necesidades de interés general; ello implica que no se han podido crear para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil. Por tanto son poderes adjudicadores siempre que, además, se den los requisitos que

prevé la letra b) en cuanto a la financiación de la actividad, el control de su gestión o el nombramiento de más de la mitad de sus órgano de administración, dirección y vigilancia.

En segundo lugar están multitud de Entidades públicas empresariales de cuyo nombre pudiera desprenderse que han sido creadas para desarrollar actividades de carácter mercantil o industrial y por tanto no podrían ser incluidas en la categoría de poder adjudicador. Sin embargo ello puede ser engañoso. Así, por ejemplo, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (en adelante FNMT-RCM) es un Organismo Público, Entidad Pública Empresarial, de las comprendidas en el artículo 43 de la LOFAGE y no cabe duda que en su funcionamiento desarrolla materialmente actividades que podría realizar una empresa privada (imprensa, monedas conmemorativas –aparte de la función pública de acuñación de moneda de curso legal–, etc.), pero es evidente que la razón de su creación no es el desarrollo de una actividad de interés privado, sino de interés general. Por tanto, aunque no es una Administración pública, tampoco puede considerarse, en cambio, que haya sido creada para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, sino más bien necesidades que no tienen ese carácter.

Lo mismo ocurre con SEPES cuyo objeto social es la adquisición, promoción y preparación de suelo; se trata de una actividad que podría confundirse con la de un promotor inmobiliario o una empresa urbanizadora privada. Sin embargo su actividad material no puede ser confundida con las razones que motivaron su creación que obedecen a la satisfacción de necesidades públicas en la promoción de suelo. Por tanto aunque sea una entidad pública empresarial se considera poder adjudicador pues fue creada para satisfacer necesidades que no tienen carácter mercantil o industrial.

Finalmente estaría las sociedades mercantiles en las que la participación de Administraciones y los demás entes que se mencionan en las letras b) a f) del artículo 3.1 de la LCSP sea superior al 50%. Una cosa es que al ser sociedades mercantiles pueda pensarse que su objeto es mercantil desde el punto de vista de la legislación mercantil y otra es que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de carácter mercantil sólo y no necesidades de carácter o interés general. Aunque es posible que una buena parte de estas sociedades no puedan considerarse poderes adjudicadores, otras sí pueden serlo. Tal es el

caso, por ejemplo, de la Sociedad Estatal de equipamientos e infraestructuras penitenciarias pues la razón de su constitución obedece a la satisfacción de una necesidad pública: la construcción de centros penitenciarios.

En cambio la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S. A. (SEGITTUR), que es una sociedad mercantil estatal participada en su totalidad por la Administración General del Estado, cuya tutela está atribuida al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, no ha sido considerada como poder adjudicador²⁵; sería así una entidad del público (art. 3.1 b) que ni es poder adjudicador ni es Administración pública que veremos a continuación.

23. En el artículo 3.1 se limita a enumerar los sujetos que forman parte del sector público y en esa descripción enumera las Administraciones públicas, los poderes adjudicadores que no son Administración pública y otras Entidades. Estas últimas –éstas otras entidades– son las que forman una categoría a la que se aplican las normas de la LCSE de forma aún más ligera que a las Administraciones públicas. Entre ellas pueden considerarse especialmente las sociedades mercantiles de la letra d) del artículo 3.1, pero siempre que no hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. También podrían estar entidades públicas sujetas al Derecho privado que se hayan creado para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil.

A estas se les aplica la LCSP pero de forma más flexible como lo prueba que en relación con el Libro II sobre preparación del contrato ni siquiera se menciona a estas entidades y en cuanto al régimen de selección y adjudicación el mismo se hace de acuerdo con unas instrucciones que deben ser aprobadas y que deben ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia,

²⁵ Su objeto social, consiste en «la realización de cuantas actividades sean precisas para el diseño, implantación, gestión, organización, administración, desarrollo y, en general, de todas aquellas que tengan como objetivo la promoción turística y el apoyo a la comercialización de los productos y servicios turísticos, mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, y, en especial, en el ámbito de Internet, de todas las relacionadas con el Portal de Promoción Turística de España».

Entidades del Sector público que no son ni poderes adjudicadores ni Administraciones Públicas

transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, recayendo el contrato en la oferta más ventajosa (artículo 176 LCSP).

1.3. TIPOS CONTRACTUALES.

24. Uno de los principios que inspiran la contratación del sector público es el de la libertad de pactos que se recoge en el artículo 25.1 de la LCSP y conforme al cual en dichos contrato podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Esa libertad de pactos permite pues pactar lo que se quiera con los límites señalados y siempre que las prestaciones pactadas se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad (art. 25.2 LCSP).

Ahora bien, esa libertad de pactos, con esas limitaciones, no quita que el legislador, en la Ley vigente y en las anteriores, haya establecido unos tipos contractuales determinados o típicos que es el objeto del presente apartado.

Al hablar de tipos contractuales debe señalarse el criterio conforme al cual se califican o tipifican los contratos.

El criterio más común –y el primero que emplea la LCSP en sus artículos 5 a 11– es el que atiende a las prestaciones materiales características del contrato; es el mismo criterio que emplea el Código civil al calificar los contratos por razón del contenido material de las prestaciones (arrendamiento de obras, de servicios, compraventa, permuta, mandato, préstamo, depósito, etc.).

Otro criterio es el que atiende a la naturaleza del contrato por razón de la naturaleza del Derecho aplicable (público o privado), que da lugar a la clasificación de los contratos en contratos administrativos o contratos privados.

El último criterio es de raigambre comunitaria y tiene que ver con los supuestos de sujeción a regulación armonizada que, en muchos casos, se fija en función de un umbral cuantitativo a partir del cual se exige el cumplimiento de las normas de la Directiva 2004/18/CE: contratos sujetos a regulación armonizada o no sujetos a regulación armonizada.

Estos tres criterios de clasificación pueden combinarse entre sí en el sentido de que un contrato de obra puede ser administrativo o no serlo (si no lo hace una Administración pública) y puede estar sujeto a regulación armonizada o no estarlo como luego veremos.

Además de combinarse entre sí se pueden combinar también con los sujetos del sector público para establecer el régimen final de cada contrato. Así ocurre por ejemplo en el artículo 13 LCSP para definir el concepto de contratos sujetos a regulación armonizada por referencia a tipos de contratos y a un determinado tipo de entidades: los poderes adjudicadores.

25. Primer criterio de clasificación por razón del contenido de sus prestaciones y por estar o no previstos en la LCSP: Contratos nominados, innominados y mixtos.

El artículo 5 de la LCSP identifica hasta 6 tipos de contratos cuyas características y contenido desarrolla en los artículos siguientes del 6 al 11.

- 1) contratos de obras
- 2) contratos de concesión de obras públicas
- 3) contrato de gestión de servicios públicos
- 4) contrato de suministro
- 5) contrato de servicios
- 6) contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

Esos son los seis tipos de contratos que considera la LCSP y a los que a lo largo de la misma, en varios de sus Libros, va a dar el tratamiento oportuno en cuanto a su preparación, selección del contratista, efectos etc.

Los rasgos característicos de cada uno se recogen y explican en los artículos 6 a 11, por lo que de su mera lectura puede deducirse el contenido de cada uno sin que sea necesario repetirlo aquí.

Solo se señalará la distinción entre el contrato de obras y el contrato de concesión de obras públicas. Ambos se refieren a obras, pero la diferencia radica en que en el segundo –concesión de obra pública– la contraprestación consiste en el derecho a explotar la obra (un peaje en una carretera) o en la explotación acompañada del derecho a percibir un precio. El contrato de

concesión presenta otras complejidades que no es del caso ampliar en este momento.

Igualmente merece desatacarse la novedad de la incorporación a la LCSP de la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que hasta ahora no existía en nuestro derecho, si bien se habían celebrado contratos que se acercaban a dicha figura, pero sin que la legislación antes vigente lo contemplara. Destaca en él la complejidad de las prestaciones, la existencia de una financiación privada, el carácter global e integrado de la actuación y la imposibilidad para la Administración de definir con carácter previo a la licitación los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos, así como la necesidad de evaluar previamente las ventajas de lograr el resultado empleando este contrato frente a las demás figuras contractuales (art. 118 LCSP).

Finalmente debe notarse la diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios. Éstos últimos son contratos en que los contratistas prestan sus servicios en favor de las entidades del sector público, que son las que reciben el servicio, en tanto que el contrato de gestión de servicios públicos el destinatario y beneficiario directo de los servicios públicos –cuya gestión ha asumido una Administración pública, pero que concede al contratista– son los ciudadanos.

Una última puntualización debe hacerse y es que esos seis contratos típicos (a veces se les llama contratos nominados –porque se les da un nombre que los identifica–) no impiden que puedan existir contratos mixtos que combinan prestaciones de unos y otros. En esos casos el régimen aplicable al contrato en cuanto a su adjudicación es el de la prestación dominante.

Por otra parte la libertad de pactos permite celebrar contratos que no encajen exactamente en los 6 tipos de contratos nominados. Mientras tales contratos que pudiéramos llamar innominados no sean contrarios a las previsiones de la LCSP –o de cualquier otra– tales contratos son lícitos.

26. Segundo criterio de clasificación del contrato por razón de la naturaleza del Derecho aplicable: Contratos administrativos y privados. Según el derecho que se aplica al contrato hablamos de contratos administrativos o de contratos privados (art. 18 de la LCSP).

Los contratos administrativos son los que establece el artículo 19 LCSP, pero debe notarse que se exige siempre que los celebre una Administración pública (art. 19.1 LCSP al comienzo). Los contratos de obras son siempre administrativos si los celebra una Administración pública, pero eso no quita que una Entidad del sector público que no sea Administración pública no pueda celebrar un contrato de obra; significa sólo que ese contrato de obra no es un contrato administrativo, sino un contrato privado.

El artículo 19.1 a) establece que son contratos administrativos *«los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado»²⁶.*

La libertad de pactos a que antes se ha hecho referencia determina que aparte de los contratos mixtos pueda haber también contratos innominados que igualmente pueden ser administrativos como dice el artículo 19.2 b): *«Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley».*

El carácter administrativo de un contrato tiene consecuencias en cuanto a su régimen jurídico –la LCSP dedica todo el Libro IV a los contratos administrativos– que se manifiesta en las prerrogativas o privilegios de la Administración y en su régimen jurisdiccional, pues de ellos –en todos sus aspectos– conoce siempre la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 19.2 establece a ese respecto que *«los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No*

²⁶ De esa relación excluye *«los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo».*

obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas».

Por otra parte, en cuanto a los contratos privados, se definen por una parte negativamente en el artículo 20.1 párrafo 1º como aquellos que celebran los Entes, organismos o entidades del Sector público que no reúnan la condición de Administración pública.

Pero en el 20.1 párrafo 2 considera también privados los contratos que celebren las Administraciones públicas no comprendidos en el número 1 del artículo 19²⁷.

El hecho de que sean privados no les excluye de la LCSP pues se regirán en cuanto *«a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley 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».*

Ahora bien eso no quita que en cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se rijan por el Derecho privado.

Por último, en cuanto a la jurisdicción competente la regulación es algo más complicada:

- Contratos privados de las Administraciones públicas. Si se trata de un contrato privado de una Administración pública entonces la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con los actos separables (preparación y adjudicación de los contratos privados)²⁸.

Sin embargo para las cuestiones de fondo la jurisdicción competente es la civil (art. 21.1 LCSP).

- Contratos privados de Entes y Entidades que no sean Administraciones públicas. La jurisdicción civil es la competente para conocer de todo tipo

²⁷ También considera privados los celebrados por una Administración pública *que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos*

²⁸ También conoce la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos separables de los contratos privados celebrados por una Administración sujetos a regulación armonizada.

de controversias, incluso las que tienen que ver con la preparación y adjudicación de los contratos (art. 21.2 LCSP), salvo que, en este último caso, se trate de contratos sujetos a regulación armonizada.

29. Tercer criterio de clasificación de los contratos en relación con los supuestos de sujeción o no a una regulación armonizada.

La consideración de un contrato como sujeto a una regulación armonizada en muchos casos tiene que ver con el umbral a partir del cual se exige el cumplimiento de las normas de la Directiva 2004/18/CE: contratos sujetos a regulación armonizada o no sujetos a regulación armonizada. En todo caso además del tipo de contrato y el umbral cuantitativo a partir del cual se considera contrato sujeto a regulación armonizada es preciso que dicho contrato sea de una entidad contratante que sea poder adjudicador (art. 13 LCSP) lo que comprende o que sea una Administración pública o que sea alguna de las otras entidades a que se refiere el artículo 3.3 y que se han estudiado más arriba.

El artículo 13 LCSP establece una distinción entre contratos sujetos o no a una regulación armonizada, en cualquier caso provenientes de un poder adjudicador. Están sujetos a regulación armonizada:

- los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado siempre.
- los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador.
- Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.

Contratos sujetos o no a una regulación armonizada

Hace falta acudir a los artículos siguientes para ver los umbrales a partir de los cuales están sujetos a regulación armonizada²⁹. Así, por ejemplo, en el artículo 14 en relación con el contrato de obras o de concesión de obras públicas se sujetan a la regulación armonizada aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 4.845.000 euros³⁰.

La fijación de esos umbrales suponen una cierta aplicación del viejo aforismo romano “*de minimis non curat praetor*”³¹. La Unión Europea quiere aplicar sus reglas en aquellos asuntos que tengan una cierta relevancia y que puedan mover a las empresas comunitarias a desplazarse a otros países para prestar sus servicios, sin preocuparse tanto por los demás. Ahora bien, por debajo de esos umbrales los contratos siguen sujetos a las normas de la LCSP, pero no en lo que se refiere a las concretas medidas de publicidad, adjudicación del contrato y los aspectos que tratan de facilitar el acceso de ciudadanos y empresas de otros países de la Unión.

En todo caso y al margen de ello, eso no quiere decir, en absoluto, que en esos contratos no sujetos a una regulación armonizada no rijan las reglas de no discriminación e igualdad de trato como ha sentado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; simplemente no son de aplicación las técnicas generales que se establecen para evitar la discriminación, pero sin que eso signifique que pueda discriminarse.

Dentro de este tercer criterio de clasificación debe hacerse una mención especial a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada que otorguen personas físicas o jurídicas que no sean Sector público o que, formando parte de él, no son poderes adjudicadores.

No todos los contratos sujetos a regulación armonizada lo siguen siendo cuando son subvencionados. Para empezar el artículo 17 sólo considera sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados de obras y

²⁹ Hay que tener en cuenta también los supuestos de exclusión de la regulación armonizada que se contienen en el artículo 13.2 LCSP

³⁰ La cifra ha sido fijada por el Reglamento (CE) número 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, y la Orden EHA/3497/2009, de 23 de diciembre, de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la LCSP, ha llevado la nueva cifra al texto de la LCSP.

³¹ De las cosas insignificantes no se ocupa el magistrado.

servicios; y dentro de ellos sólo algunos³². Por otra parte desde el punto de vista de la subvención por el poder adjudicador la misma debe serlo en forma directa y en más del 50% del importe del contrato para que éste se considere contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada.

1.4. LAS PRERROGATIVAS DEL ÓRGANO CONTRATANTE

31. Una de las justificaciones de la caracterización de algunos contratos como administrativos se centra en la necesidad de que las Administraciones cuenten con determinados poderes especiales o privilegios que les permitan defender adecuadamente los intereses generales a los que sirven tales contratos sin estar sujetos a las limitaciones que las partes tienen en los contratos privados por la inexistencia de intereses generales que defender.

Eso se traduce en las llamadas prerrogativas o privilegios de la Administración contratante que recoge el artículo 194 de la LCSP: «*el órgano de contratación ostenta la prerrogativa 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*».

Son pues cuatro las prerrogativas, aunque pueden concretarse en otras como las potestades de dirección del contrato³³:

- 1) Interpretación de los contratos y resolución de dudas
- 2) “ius variandi” o privilegio de modificación por razones de interés público
- 3) resolución de los contratos y
- 4) acordar los efectos del incumplimiento.

³² En el artículo 17 de la LCSP sólo se incluyen los siguientes:

- *Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 4.845.000 euros.*
- *Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a, cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.*

³³ La potestad de imponer sanciones también se ha considerado en ocasiones como una prerrogativa de la Administración.

Esos privilegios no significan que la Administración tenga una potestad arbitraria. El hecho de que el artículo 194 LCSP recoja, como venía siendo tradicional en nuestro Derecho³⁴, los privilegios de la Administración no significa que tales privilegios le den la última palabra a la misma, de forma que quede entregado a su libre albedrío determinar el alcance y extensión de las obligaciones que surgen del contrato.

Se trata sólo de un privilegio posicional, puesto que el efecto que tiene, al igual que sucede en el resto de la actuación administrativa, es el de presumir provisionalmente que sus actos o sus interpretaciones son ajustadas a Derecho y, por tanto, deben ser cumplidas y ejecutadas provisionalmente, sin perjuicio de lo que decidan los Tribunales o la propia Administración si se interponen los recursos pertinentes.

Lo que diga la Administración, en trance de interpretar, modificar o resolver un contrato, no es la única ni la última palabra, pues la última palabra la tienen los Tribunales.

La razón de ese privilegio obedece a las mismas razones por las que, en la actividad administrativa en general, la Administración tiene reconocida la ejecutividad de los actos administrativos: la presunción de validez de los mismos al servicio de los intereses generales que gestiona.

Pero esa presunción de validez no es incompatible con el control judicial posterior (artículo 106.1 CE), siendo los Tribunales quienes tienen, así, la última palabra.

Debe subrayarse que éstos privilegios sólo existen en relación con los contratos administrativos por lo que, en los demás, la Administración no goza de esa ventaja posicional.

1.5. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS: DETERMINACIÓN DEL OBJETO, EL PRECIO Y TIPOS DE PRESTACIÓN.

³⁴ En el mismo sentido se expresaba antes de ella el art. 59 del 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

32. El Libro I de la LCSP establece la configuración general de los contratos del sector público y sus elementos estructurales. En su Título III se dedica al objeto, precio y cuantía del contrato.

Objeto del contrato

33. En cuanto al objeto el artículo 74 establece que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. Se trata de evitar la realización de contratos de contenido indeterminado, que se presten a un mal uso de los recursos públicos y a una imposibilidad de controlar el correcto cumplimiento del contrato.

Precio del contrato

34. En el mismo sentido el precio de los contratos del sector público consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros. El precio cierto no es incompatible con que su pago puede hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que así se prevea en la Ley.

El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación (tonelada de hierro o cemento) o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten (kilómetro de autovía o centro escolar tipo), como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato.

El importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración se indicará como partida independiente. La exigencia de la certidumbre del precio tampoco es incompatible con su revisión si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.

Cuantía del contrato

35. En cuanto a la cuantía del contrato puede comprenderse la importancia que tiene, en la medida en que el umbral a partir del cual estamos antes contratos sujetos a una regulación armonizada determina la aplicación o no de las reglas que en la LCSP se contienen a tal efecto.

Pues bien se comprende que tales umbrales pudieran burlarse fácilmente fraccionando un contrato único en varios contratos aparentemente

distintos, pero que en realidad no buscan sino escaparse a las normas de publicidad y adjudicación de la LCSP.

Por ello la misma, de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE, ha establecido reglas que tratan de evitar un fraccionamiento artificial del contrato en varios. Así en el artículo 74 se prevén supuestos en que se pueden fraccionar los contratos, pero en tales casos se prevé que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2. Con ello se disuade de un fraccionamiento artificial puesto que el mismo no evita el cumplimiento de las normas de procedimiento y publicidad por cada lote como si se tratara de un contrato único.